

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS: A LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

MANAUS  
2005

MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS: A LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação apresentada para obtenção do  
grau de Mestre em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina.  
Orientador: Prof<sup>o</sup> Dr. Sérgio Cademartori.

MANAUS  
2005

MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

**A FUNÇÃO JURISDICIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS:  
A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

---

Florianópolis, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

A Gaspar, Luna e Lorenzo

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Gaspar, pelo companheirismo e compreensão incansáveis;

A minha mãe, Elzarina, pela paciência e carinho;

Ao meu pai, Luiz (*in memoriam*), pelo exemplo de força e honestidade;

Ao Prof. Dr. Sérgio Cademartori, pelo apoio, estímulo e orientação indispensáveis à consecução deste trabalho;

Aos amigos e familiares que me incentivaram constantemente a dedicar-me aos estudos;

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para este trabalho.

## RESUMO

Este trabalho se propõe analisar a legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar no processo de efetivação dos direitos sociais, diante da crise de eficácia por eles sofrida na sociedade contemporânea. Através do estudo efetuado sobre estes direitos, extrai-se sua característica de historicidade, a sua interdependência com os direitos civis e políticos, a sua influência na evolução da concepção do Estado e a sua atual proteção em um sistema multinível (local, regional e universal), mas carente de instrumentos de tutela mais eficazes. A grave crise de efetividade requer alternativas capazes de contorná-la, dentre as quais despontam as garantias jurisdicionais. A realização dos direitos a prestações sociais, contudo, reclama ações políticas estratégicas, dirigidas para determinados objetivos, demandando uma margem de autonomia na adoção de deliberações pelos órgãos governamentais. Assim sendo, é oposta contra a atuação jurisdicional neste campo a ausência de legitimidade democrática pelo fato de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos para decidir sobre as principais questões públicas da comunidade. Para a análise da questão, adota-se o paradigma garantista, que aborda a legitimidade sob a ótica da estrutura do Estado, inserindo os direitos sociais na temática da democracia. O garantismo correlaciona a democracia não só com a existência e funcionamento dos órgãos político-deliberativos, mas também com a proteção dos direitos fundamentais, individuais e sociais, tarefa esta a ser exercida de forma complementar por todos os poderes estatais, a impor deveres de agir e não-agir. A proposta teórica identifica a razão de ser da função jurisdicional na garantia desses direitos, através do controle constitucional da ação dos poderes estatais e privados, perspectiva esta que hoje vem orientando o perfil da jurisdição constitucional. Após a exposição da teoria garantista, passa-se à abordagem da legitimidade, para investigar os fundamentos pelos quais os indivíduos aceitam o poder, a fim de melhor analisar a objeção à atuação jurisdicional efetivadora dos direitos sociais. Questiona-se até que ponto a realização de tais direitos pode ficar ao alvedrio das maiorias parlamentares. Como questão subjacente a esta problemática, identifica-se a discutida tensão entre constitucionalismo e democracia representativa, cujo exame demonstra que mais que institutos conflitantes, são complementares à realização da democracia, cuja dimensão abrange a promoção dos direitos fundamentais, a que deve ser conjugada a regra da maioria. Com base na ampla concepção da democracia, bem como diante da compreensão da função jurisdicional como garantidora de direitos, encontra-se fundamento para a legitimidade democrática do Poder Judiciário na viabilidade de aprovação e adesão da comunidade ao conteúdo das decisões judiciais, sob aspecto procedimental, por permitir a maior participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões públicas, e substancial, por assegurar a harmonização do resultado deste processo com conteúdos de justiça e de atendimento dos direitos fundamentais. Extrai-se, ainda, ser aferida a maior ou menor legitimidade na prática cotidiana, devendo a atuação jurisdicional se dar de forma complementar e subsidiária, sujeita ao controle social e à Constituição, pois o reforço das garantias políticas e sociais também é essencial ao avanço na concretização dos direitos sociais.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Legitimidade democrática. Direitos sociais. Direitos fundamentais. Garantias jurisdicionais. Democracia. Constitucionalismo. Garantismo. Poderes estatais. Função jurisdicional. Jurisdição constitucional. Estrutura do Estado. Teoria garantista.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the judiciary power democratic legitimacy for acting in an effective process of social rights before the efficacy crisis suffered for them in the contemporaneous society. Through the study made about these rights, its historical characteristic is taken out, its interdependency with the civil and political rights, its influence on the conception of the state evolution and its current protection in a multilevel system (local, regional and universal), but careless of more efficient instruments. The serious effectiveness crisis demands alternatives capable of contouring, among them the constitutional grant. The realization by social parcels, however, it asks for political strategic actions, taken for certain objectives, demanding a level of autonomy in the deliberation taking by the governmental organs. Thus, the absence of the democratic legitimacy is opposite to the jurisdictional acting by the fact of the judiciary power be not elected for deciding about the main community public matters. To such a matter analysis, a guarantee paradigm is adopted, which approaches the legitimacy under the state structure view, inserting the social rights in the democracy theme. The guarantee relates democracy not only with the existence and functioning of deliberating political organs, but also with the protection of the fundamental, individual and social rights. Such a task is to be exerted in a complementary way for all the state powers, to impose acting and not acting duties. The theoretical proposal identifies the jurisdictional function reason of being in the guarantee of such rights, through the constitutional control of the state and private power actions, such view is currently guiding the constitutional jurisdiction profile. After guarantee theory exposition, there comes the legitimacy approach, for investigating the fundamentals by which the individuals accept the power, in order to better analyze the objection to the jurisdictional effectual action of the social rights. It is even questioned to what extent these rights acting can be at parliament majority disposal. As an underlying question to this problem, there is identified the tension between constitutionalism and representative democracy, whose exam demonstrates that besides contention of institutions, they are complementary to the democracy acting. Such dimension widens the fundamental rights promotion, to which must be joined the majority rule. Based on a wider conception of democracy, as well as the comprehension of the jurisdictional function as rights guarantee, there is found a basis for the democratic legitimacy of the judiciary power in the viability of approval and adhesion of community to the judicial decisions content, under the procedural aspect, for permitting the wider citizens participation in the taking public decisions process, and substantial, for assuring the harmonization of this process with justice contents and accomplishment of the fundamental rights. It is also taken, to be measured the more or less legitimacy in the common practice, the jurisdictional acting must happen in a complementary and underlying way, due to the social control and to the constitution, thus the reinforcement of the political and social guarantees is also essential to the advance of the social rights consolidation.

Key words: Judiciary power. Democratic legitimacy. Social rights. Fundamental rights. Jurisdictional guarantee. Democracy. Constitutionalism. Guarantee. State powers. Jurisdictional function. Constitutional jurisdiction. State structure. Guarantee theory.

## SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b>   | 09  |
| <b>1 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS</b>  | 14  |
| <b>1.1 Noções preliminares</b>  | 14  |
| <b>1.2 Lineamento histórico dos direitos sociais</b>  | 21  |
| 1.2.1 Primórdios dos ideais sociais   | 21  |
| 1.2.2 A difusão dos direitos sociais nos ordenamentos constitucionais   | 26  |
| 1.2.3 A progressiva internacionalização dos direitos sociais  | 29  |
| <b>1.3 O papel dos direitos sociais na evolução da concepção do Estado Moderno</b>                                    | 33  |
| <b>1.4 A tutela multinível dos direitos sociais</b>   | 43  |
| 1.4.1 Instrumentos universais de proteção e os direitos sociais   | 47  |
| 1.4.2 Instrumentos do sistema interamericano e os direitos sociais  | 50  |
| <b>1.5 Os direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988</b>   | 53  |
| <b>1.6 A crise dos direitos sociais na sociedade contemporânea</b>  | 59  |
| <b>2 A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS E O GARANTISMO COMO PROPOSTA TEÓRICA</b>  | 63  |
| <b>2.1 A inserção das garantias sociais no debate democrático: a teoria garantista</b>                                | 63  |
| 2.1.2 A teoria garantista: modelo normativo, teoria crítica do direito e filosofia política                           | 67  |
| 2.1.3 A concepção instrumental do Estado  | 69  |
| 2.1.4 Os direitos sociais como imposição de obrigações aos poderes estatais :<br>o Estado Social de Direito           | 72  |
| 2.1.5 O Estado de Direito enquanto democracia substancial: por uma resignificação<br>da teoria democrática            | 75  |
| 2.1.6 A função complementar dos poderes estatais  | 79  |
| 2.1.7 O papel do juiz e do jurista na perspectiva garantista  | 81  |
| 2.1.8 Garantismo, direitos sociais e função jurisdicional: a necessária interação<br>entre os métodos interpretativos | 84  |
| 2.1.9 A fundamentação como garantia da cidadania  | 93  |
| 2.1.10 O Garantismo como novo paradigma de jurisdição constitucional  | 98  |
| <b>3 A DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA: SOBERANIA POPULAR, PODER JUDICIÁRIO, LEGITIMIDADE E DIREITOS SOCIAIS</b>              | 102 |
| <b>3.1 Considerações iniciais: a questão da legitimidade</b>  | 102 |



|   |            |
|---|------------|
| <b>3.2 A objeção à atuação jurisdicional efetivadora dos direitos sociais: o Poder</b>  |            |
| Judiciário é democraticamente ilegítimo? .....  | 106        |
| <b>3.3 A polêmica tensão entre constitucionalismo e democracia representativa .....</b> | <b>115</b> |
| <b>3.4 O problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário na efetivação</b>     |            |
| dos direitos sociais sob uma perspectiva garantista .....                               | 126        |
| <b>CONCLUSÕES .....</b>   | <b>141</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>148</b> |

## INTRODUÇÃO

Uma das principais questões enfrentadas pelas ciências jurídicas na época contemporânea diz respeito ao problema da efetivação dos direitos sociais. Embora no plano normativo os direitos sociais se encontrem, de forma geral, amplamente previstos nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, há um enorme descompasso em relação ao plano fático, pois milhares de pessoas permanecem desprovidas de prestações sociais básicas, em especial no âmbito da saúde, da educação, da assistência social, da previdência e da habitação.

No Brasil, o fosso social situa-se entre os mais graves do planeta.

Além disso, a crise econômica global das últimas décadas deu margem ao desenvolvimento de teorias voltadas para a redução dos direitos sociais e para a diminuição do papel do Estado na tarefa de sua realização, estando em pleno debate se esta proposta é a mais adequada para atender às necessidades dos cidadãos e da sociedade.

O panorama mundial apresentado é desalentador no que concerne à questão social, porém, felizmente, vem sendo objeto de reflexão e crítica. Diante da irracionalidade da situação de profunda desigualdade, discutem-se possibilidades jurídicas que permitam aproximar o plano normativo do efetivo, dentre as quais se insere o controle jurisdicional sobre o processo de concretização dos direitos sociais.

A maior dificuldade apresentada concerne aos direitos sociais que reclamam prestações positivas, tendo em vista demandarem ações políticas multissetoriais, a serem desenvolvidas de forma estratégica para o alcance dos objetivos sociais, que apresentam, na maior parte, significativa complexidade técnica.

A formulação e implementação de políticas sociais são atribuídas, por excelência, aos foros legislativos e executivos, no Estado Democrático de Direito, cujos titulares são eleitos pelo povo para a adoção das decisões sobre as questões públicas mais importantes, expressando a vontade política sobre a condução dos rumos da comunidade.

Diante da necessidade de adequar o planejamento governamental às especificidades de uma sociedade contemporânea hipercomplexa e pluralista, é assente existir uma esfera de autonomia por parte dos governantes para a tomada das deliberações que se apresentarem melhor adequadas à implementação das políticas sociais.

Diversos fatores, no entanto, interferem no processo de formação da vontade política, de forma a resultar num severo distanciamento entre as decisões adotadas pelos órgãos político-

deliberativos e a vontade real da coletividade e suas necessidades, de modo que nem sempre a atuação estatal tem sido feita voltada ao atendimento dos direitos fundamentais das pessoas.

Neste contexto, são reclamados meios que possam ser utilizados pela sociedade para participar, corrigir e complementar estas decisões estatais de agir ou não agir, tendo em vista que a falta de ação também demonstra a efetuação de uma opção política por parte dos governantes. Governar é efetuar escolhas, que podem se apresentar dramáticas diante da escassez de recursos de que dispõe o Estado.

Sem descurar de outros meios de reforço desta participação social no processo de formação da vontade política, na esfera política e da sociedade civil, o controle jurisdicional, como garantia do Estado Democrático de Direito, também se apresenta como um instrumento que pode contribuir para o avanço no processo de efetivação dos direitos sociais.

Muitos objetam contra o Poder Judiciário, entretanto, a ausência de legitimidade democrática para agir no campo da formulação e implementação de políticas sociais, pelo fato de os juízes, ordinariamente, não serem eleitos, sendo os direitos sociais dependentes das opções políticas efetuadas em ampla margem de conformação pelo legislador e com liberdade de ação pelos administradores públicos. A questão diz respeito a saber até que ponto a comunidade considera importante a efetivação dos direitos sociais para que deixem sua concretização exclusivamente sob a dependência dos órgãos político-deliberativos.

A atuação mais ativa dos órgãos jurisdicionais é apontada, por alguns, como uma ingerência indevida no campo reservado à política.

Torna-se indispensável, portanto, refletir criticamente sobre esta objeção contra a atuação jurisdicional no processo de efetivação dos direitos sociais fundamentada na falta de legitimidade democrática, em especial diante da aguda crise de efetividade de tais direitos enfrentada por toda a humanidade, reflexão esta a ser efetuada sob a ótica da estrutura do Estado Democrático de Direito, que estabelece a função complementar entre os poderes estatais para a realização do bem comum.

Apresentar-se-á, portanto, como principal teoria de base, no decorrer da pesquisa, para análise, orientação e fundamentação, a teoria garantista, que traz novas perspectivas para a disparidade entre a previsão normativa dos direitos sociais e sua prática efetiva, redimensionando a importância da efetivação dos direitos sociais dentro da estrutura do Estado. A função jurisdicional, sob a ótica garantista, tem por razão de ser a proteção e tutela dos direitos fundamentais, para exercer um controle dos poderes estatais e privados com base na Constituição.

O garantismo propõe uma teoria crítica do direito, com vistas à aproximação entre modelos normativos e práticas operacionais, incentivando o espírito crítico do intérprete em relação à validade das leis e à consciência de seu caráter ideal.

Além disso, no campo da filosofia política, desenvolve uma teoria de Estado para concebê-lo como instrumento de satisfação dos interesses vitais do cidadão. Nesta perspectiva caracteriza o Estado de Direito não só pelo princípio da legalidade mas também pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos por intermédio da previsão constitucional da vedação de sua lesão e da obrigação de satisfação dos direitos sociais.

A relevância do marco teórico encontra-se evidenciada pela adoção na pesquisa de uma concepção ampla da democracia, no sentido de que não pode ser reduzida ao princípio majoritário, mas deve pressupor outros meios que viabilizem a maior participação dos diversos segmentos do corpo social nas decisões públicas, bem como assegurar o conteúdo dos valores constitucionalmente estabelecidos. O garantismo diferencia a democracia política ou formal da democracia substancial ou social, esta última o “Estado de Direito”, propondo uma redefinição do conceito de “democracia”.

Desta feita, a presente pesquisa, tomando por base o mencionado marco teórico, pretende investigar a existência de fundamento para a legitimidade democrática da atuação jurisdicional no processo de efetivação dos direitos sociais, seja para impulsionar, complementar ou corrigir as políticas sociais.

A fim de que se possa compreender melhor esta problemática, tornar-se-á indispensável traçar as linhas básicas dos direitos sociais, para efetuar sua definição, demonstrando ser sua realização dever do Estado e de toda a sociedade, apresentar a noção da existência de um núcleo essencial, bem como ressaltar as colisões que apresenta no âmbito fático e jurídico, que ensejou a construção doutrinária do princípio da proporcionalidade como orientador das soluções destas colisões.

Analisar-se-á o lineamento histórico dos direitos sociais, para delinear as influências por eles sofridas e as contribuições absorvidas nas mais diferentes fases, em especial durante o iluminismo e os movimentos revolucionários francês e americano, com posterior difusão nos ordenamentos constitucionais até atingir sua progressiva internacionalização, para ao final traçar o cenário contemporâneo.

Averiguar-se-á o papel dos direitos sociais na concepção do Estado Moderno, para fins de caracterizar a evolução do Estado Liberal ao Estado Social, até chegar ao Estado Democrático de Direito.

Não se podendo descurar da perspectiva global que informa as ciências sociais e jurídicas, examinar-se-á o desenvolvimento do sistema de proteção dos direitos sociais em diferentes níveis — local, regional e universal —, mesmo porque a temática social hoje não pode ser dissociada da planetarização das relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, mormente diante de múltiplos influxos da globalização que hoje influenciam todos os sistemas. A função jurisdicional, hoje, não pode ser dissociada desta perspectiva multinível, por ser essencial à concepção dos direitos fundamentais como valores da consciência universal, o que justifica sua aplicabilidade além e contra o Estado.

Examinar-se-á a profunda crise de efetividade dos direitos sociais na sociedade contemporânea, bem como o problema do suporte monetário para sua solução, para investigar a efetiva correlação da crise com o desenvolvimento econômico dos países e a existência de variáveis na adoção das políticas públicas sociais. A par destas variáveis, problematizar-se-á a questão da legitimidade do Poder Judiciário para controlar o processo de efetivação dos direitos sociais.

Através do estudo da teoria garantista, extrair-se-á a sua contribuição para a análise da aventada legitimidade, partindo-se da análise da relação dos direitos sociais com os direitos individuais e os direitos políticos. Expor-se-ão as bases da teoria garantista, tomando por diretriz a sua concepção instrumental do Estado, a sua visão dos direitos sociais como imposição de obrigações aos poderes estatais, a sua ressignificação da teoria democrática para entender o Estado de Direito enquanto democracia substancial e a sua concepção complementar das funções estatais, do papel crítico do juiz e do jurista e da fundamentação como garantia da atuação jurisdicional.

Avançando no estudo da teoria garantista, verificar-se-ão outros métodos interpretativos que possam auxiliar o marco teórico adotado, no que concerne ao tratamento da efetividade dos direitos sociais pela função jurisdicional, assim também como o paradigma garantista vem influenciando a atuação da jurisdição constitucional.

Tratar-se-á, então da legitimidade, para conceituá-la, a fim de abordar, em seguida, a problemática da objeção à atuação jurisdicional efetivadora dos direitos sociais que questiona a legitimidade democrática do Poder Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais, situando a questão na polêmica tensão entre constitucionalismo e democracia representativa.

Ao final, discorrer-se-á sobre a problemática da legitimidade democrática do Poder Judiciário, tomando por base a perspectiva garantista, a fim de investigar-se os seus fundamentos, os parâmetros e limites de atuação jurisdicional legítima, a sindicabilidade dos

atos políticos e a temática da vinculação da discricionariedade no Estado Democrático de Direito.

O presente estudo desenvolver-se-á em três capítulos, na seguinte ordem:

- a) o primeiro capítulo tem como objetivos: oferecer as noções gerais dos direitos sociais; traçar o seu lineamento histórico e a sua correlação com a evolução da concepção do Estado; situá-los no sistema multinível de proteção (universal, regional e local); introduzir a temática relativa à legitimidade democrática do Poder Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais, a par da sua crise de efetividade enfrentada no panorama contemporâneo;
- b) o segundo capítulo possui os seguintes objetivos: expor a teoria garantista; desenvolver as principais diretrizes do garantismo que possam auxiliar na reflexão sobre a problemática do trabalho; identificar outras técnicas interpretativas que complementem o garantismo no tratamento da problemática; investigar a influência da teoria garantista na atual concepção do perfil da jurisdição constitucional;
- c) O terceiro capítulo, após conceituar a legitimidade, examinará a discussão contemporânea relativa à objeção à atuação jurisdicional voltada para a concretização de direitos sociais por ausência de legitimidade democrática, sob a perspectiva garantista, o que abrange o exame da relação entre constitucionalismo e democracia representativa.

No que tange à metodologia, a abordagem será hipotético-dedutivo, partindo-se da teoria garantista para tratar da temática da legitimidade democrática do Poder Judiciário no processo de concretização dos direitos sociais. A linha de pesquisa abrange o Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado.

O presente trabalho visa contribuir para a reflexão sobre a viabilização de garantias jurisdicionais que possam ampliar a participação da comunidade na deliberação das questões públicas, bem como que sirvam de controle dos poderes públicos e privados, no que concerne aos seus deveres de cooperação para a implementação dos direitos sociais.

Por fim, apresentar-se-á uma síntese das principais conclusões da investigação.

## **1 A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS**

### **1.1 Noções preliminares**

A despeito do extraordinário progresso científico e tecnológico experimentado pela humanidade no Século XX, a maior parte da população mundial ainda vive em péssimas condições de vida, o que constitui um dos principais problemas na atualidade.

A explosão demográfica, agravada pela escassez de recursos, pelos efeitos deletérios do capitalismo e da globalização econômica, somada a outros fatores culturais, históricos e políticos, contribui para construir um quadro deplorável no que se refere aos direitos básicos necessários à uma existência de vida condigna por milhares de indivíduos.

No Brasil o quadro não é diferente. Ao contrário, o país apresenta uma das mais profundas desigualdades na distribuição de renda entre seus habitantes.

Neste contexto, o Estado desempenha uma função fundamental no sentido de mediar este processo social, econômico e político, em busca da diminuição destas disparidades e da melhor distribuição dos recursos para os cidadãos, sem ignorar estar a sociedade civil em busca de outras alternativas para a mudança desta conjuntura, através da ação em um espaço público não estatal.

Dentro do campo estatal, a utilização de mecanismos institucionais, em especial em relação às vias jurisdicionais, para auxiliar na expansão de condições que permitam o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, dentre outros direitos, correspondentes ao que a teoria convencionou chamar de direitos sociais, constitui a problemática central deste trabalho, nomeadamente no que se refere à legitimidade do Poder Judiciário para atuar na efetivação dos direitos sociais, tendo em vista ser esta questionada por aqueles que se opõem à sua acionabilidade.

Para entender esta problemática, torna-se indispensável delinear os traços básicos dos direitos sociais: o seu conceito, as suas raízes históricas, o seu papel na evolução da concepção do Estado Moderno, sua disposição em um sistema multinível de proteção, a crise de sua efetividade e as questões que envolvem a legitimidade democrática do Poder Judiciário no que concerne à sua concretização.

Primeiramente, proceder-se-á à delimitação conceitual dos direitos sociais.

A concepção dos direitos sociais não pode ser dissociada dos fatos históricos que deram causa mais imediata à sua evolução. O posterior estudo de seus antecedentes e de sua influência na atual conformação do Estado Moderno auxiliará nesta compreensão.

Os vetores que deram ensejo à paulatina positivação dos direitos sociais foram as conseqüências sociais da Revolução Industrial e da implantação do sistema capitalista, em face da disparidade entre a excessiva concentração de riqueza nas mãos de poucos em contraste com a miséria, a fome, a doença e as péssimas condições de vida dos operários, circunstâncias que levaram ao amadurecimento ideológico dos ideais de igualdade e solidariedade.

A situação gerou uma grave tensão social, demonstrando que o direito à igualdade e à liberdade não poderiam ser exercitados se não houvesse medidas protetivas para as classes menos favorecidas, a fim de que atingissem um grau mínimo de real participação na comunidade. Os excluídos passaram a exigir do Estado e da sociedade um conjunto de prestações sociais fundamentais para sua integração na sociedade. Era o ideal da solidariedade finalmente reivindicado.

Os direitos sociais, portanto, podem ser definidos como os direitos a ações públicas, voltadas ao oferecimento de condições materiais no campo da saúde, da assistência, da seguridade, do trabalho, da habitação e da educação, além da proteção às minorias, como crianças, idosos e deficientes físicos, tudo em prol da realização do direito à igualdade e do dever da solidariedade. Por isso são também conhecidos como “direitos de igualdade”, fundamentando-se precipuamente no mencionado direito.<sup>1</sup>

Através da viabilização das condições materiais necessárias ao exercício do direito de liberdade, procura-se realizar a justiça social e atender ao princípio da dignidade humana, pilares da maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Embora seja primordialmente encarregado da realização dos direitos sociais, o Estado não é o exclusivo destinatário desta obrigação, em virtude de ser necessário refletir sobre a

---

<sup>1</sup> Correlacionando direitos sociais e direito à igualdade, ver SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 285; Ver, também, MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTR, 1997. p. 189; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564-565; e BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 505-508, o qual sintetiza os direitos sociais em direitos à instrução, ao trabalho e à saúde. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 364-365, bem relembra que segundo boa parte da doutrina os direitos humanos e as liberdades públicas se equivalem, sendo que, para aqueles que adotam a terminologia “liberdades públicas”, os direitos sociais coincidiriam com o que se convencionou chamar “liberdades públicas em sentido amplo”, ou seja, aquelas que conferem direitos a prestações positivas pelo Estado, em contraponto às “liberdades públicas negativas”, as que impõem um dever de abstenção por parte do Estado.



responsabilidade social da iniciativa privada na extensão das condições materiais para aqueles delas privados, raciocínio que vem amadurecendo na atualidade, mormente em face do lucro desenfreado dos grandes conglomerados econômicos e financeiros sem o devido retorno social.<sup>2</sup>

Ainda no caso da responsabilidade dos particulares, tem-se que a ação estatal geralmente intermedeia a contraprestação social, mesmo que por regulação, razão pela qual, hoje em dia, na maioria dos casos, a prestação material, ainda que viabilizada pela iniciativa privada, encontra-se relacionada a uma atuação do Estado.

Não se pode descurar, ainda, da importância da ação da sociedade civil organizada<sup>3</sup> como co-responsável na implementação dos direitos sociais, não obstante o ente estatal permaneça como principal encarregado do desempenho desta função.

A conceituação levou em consideração o sentido estrito dos direitos sociais, quais sejam, de prestações materiais, pois em seu sentido amplo os direitos sociais também abrangem as chamadas liberdades sociais e os direitos fundamentais dos trabalhadores, que também se encontram ligados à questão da justiça social.<sup>4</sup> A par das considerações já efetuadas em relação à responsabilidade dos particulares no que concerne à realização dos direitos sociais e do princípio da igualdade, é de se ver o acerto do uso da expressão, não obstante ser relevante frisar centrar-se esta investigação nos direitos sociais em sentido estrito.

Uma das dificuldades de efetivação dos direitos sociais é a sua forma de positivação, tendo em vista que, na maior parte, são previstos de forma genérica, como metas, até para ampliar as margens de conformação do legislador na sua concretização à vista da estrutura

---

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 111, v. IV, ressalta que a tarefa de efetivação dos direitos sociais é do Estado e da sociedade. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 373, faz referência a uma tendência atual para reconhecer e privilegiar a eficácia horizontal ou privada dos direitos humanos, isto é, os direitos humanos não devem operar apenas “verticalmente”, isto é, na relação entre particular-Estado, mas também “horizontalmente”, ou seja, no âmbito das relações sociais entre particulares. Dentro deste raciocínio, complementa não ser tão somente exigível do Estado, mas também dos particulares, a implementação positiva dos direitos fundamentais.

<sup>3</sup> Concebida como o conjunto de instituições intermediárias entre o Estado, o indivíduo e o mercado, segundo VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 49.

<sup>4</sup> Paulo Gustavo Gonet Branco noticia também serem chamados tais direitos como direitos sociais. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral de direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 110; SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 286, divide, com base no Direito Positivo, os direitos sociais em *direitos sociais do homem produtor*, quais sejam, aqueles relacionados ao trabalhador como o direito de greve e o direito de obter um emprego, e *direitos sociais do homem consumidor*, quais sejam, à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, etc; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p. 50 e 174, também considera as liberdades sociais e os direitos fundamentais dos trabalhadores como direitos sociais em sentido amplo, justificando a utilização da expressão justiça social por representarem uma “densificação do princípio da justiça social”.

política e econômica e da eleição de prioridades, a permitir as adequações às mudanças sociais, ainda que sejam traçadas as linhas mestras que os asseguram.

Não obstante tal forma de positivação, não lhes são negados os efeitos de vincular o Poder Público, em relação ao Parlamento, à administração ou aos órgãos jurisdicionais, ainda que se discutam os graus desta vinculação.<sup>5</sup>

Como os direitos sociais são realizados através de prestações positivas, demandam de forma mais evidente um custo financeiro e econômico,<sup>6</sup> sendo correlacionados com o grau de desenvolvimento do país e sua capacidade de arcar com estes ônus, bem como com a escolha dos meios de realização, abrangendo, portanto, um necessário processo político relacionado à sua concretização, já que ao Estado caberá a adoção de vários programas ou ações estatais (políticas públicas) em busca da efetivação dos direitos sociais.

A despeito da estreita correlação da realização dos direitos sociais com as disponibilidades econômicas e opções políticas estatais, o que se convencionou cognominar como “reserva do possível”,<sup>7</sup> em tendo sido traçado constitucionalmente o quadro ideal cuja

<sup>5</sup> Conferir MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7. Entendendo que os direitos fundamentais, de forma geral, vinculam os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. p. 322-332.

<sup>6</sup> Não só os direitos sociais demandam custos financeiros, mas também os demais direitos e liberdades clássicas, não obstante os custos destes últimos tendam a ficar no esquecimento, como bem observa Nabais, ao invocar Holmes e Sunstein, para concluir que os clássicos direitos dito negativos são tão positivos como os direitos dito positivos, ou seja, os direitos sociais. Esta fictícia divisão é creditada por Nabais ao fato dos direitos clássicos demandarem custos financeiros indiretos, de menor ou nula visibilidade, por se materializarem em despesas do Estado com serviços públicos destinados a propiciar o exercício destes direitos e liberdades. As despesas, portanto, por não serem individualizáveis, ficando os custos diretos a cargo dos titulares dos direitos, levaram à idéia errônea de sua inexistência. Conferir NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2005. Conferir HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**. W. W. Norton & Company. New York: London, 2000. p. 18 e 21, apud NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)> p.12-14>. Acesso em: 02 jun. 2005. Esta visão extremamente inovadora contribui para uma visão crítica da doutrina da reserva do possível, comumente contraposta de forma intransponível para a concretização dos direitos sociais, ao evidenciar que todos os direitos fundamentais ensejam custos financeiros. Sobre o assunto, conferir, também GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209 e 215, que faz uma análise aprofundada da obra de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, para concluir, concordando com a teoria já desenvolvida por Holmes e Sunstein, que todos os direitos, sejam os civis e políticos, sejam os direitos sociais, possuem custos e, portanto, demandam prestações positivas estatais; No mesmo sentido, também invocando Holmes e Sunstein, conferir ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 137-139.

<sup>7</sup> Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 261; Conferir menção de CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 471; Conferir CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA,

conformação almeja a comunidade, para realização da igualdade, cumpre atentar para a construção doutrinária de que as prescrições constitucionais devem ser vistas como comando ao Parlamento e ao Governo, missão autorizadora de transformações econômicas e sociais destinadas à realização de tais objetivos.<sup>8</sup>

Ocorre que nem sempre há vontade política voltada para esta concretização. No processo de elaboração de leis, há muitas influências que alteram o cumprimento dos comandos constitucionais. Por outro lado, com a profusão legislativa também acontece uma certa paralisia estatal que impede o desenvolvimento dos programas constitucionais. A sociedade enfrenta dificuldades no avanço dos projetos sociais traçados na Constituição.

Denota-se, portanto, abranger a problemática da efetivação dos direitos sociais todo um processo político decisório relativo às ações estatais.

Nesta conjuntura, diante da crise de efetividade dos direitos sociais, passa-se a questionar a possibilidade da utilização das vias jurisdicionais para a sua viabilização, ocorrendo o fenômeno que vem sendo observado pelos operadores jurídicos como a juridicização da política, isto é, o que normalmente seria resolvido dentro do campo político, em face da inviabilização de sua solução neste âmbito, reflete-se como questão jurídica.<sup>9</sup>

Em razão da necessidade de uma intermediação, inclusive política, para a realização dos direitos sociais, há quem entenda impossível aos operadores jurídicos a sua aplicação imediata, se não institucionalizados.<sup>10</sup> Assim sendo, segundo este raciocínio, não obstante concebidos como direitos a prestações sociais não poderiam ser reivindicados judicialmente contra o Estado se não estivessem discriminadas tais prestações na legislação, sendo negado, inclusive, por alguns, o seu conteúdo jurídico de direitos.<sup>11</sup>

---

Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.130; Conferir ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 190-191; Conferir, ainda, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral de direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 146 e 154.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 468, menciona existir, não obstante a dependência dos direitos sociais do recursos econômicos, “uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”; Ver, também, idem, ibidem, p. 466.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7, traça um paralelo entre a questão da efetivação dos direitos sociais e o fenômeno da transmutação, em que se convertem situações normalmente consideradas de índole política em situações jurídicas.

<sup>10</sup> Ver, sobre o assunto, NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, p. 16 e 24, 1990.

<sup>11</sup> Ver comentários de LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1982. p. 401; Outrossim, HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 170, menciona que as ações estatais devem visar a um programa social que requer regulamentação do legislador e da administração, para fundamentar a negação da

Considerando a forma de positivação dos direitos sociais, cumpre perquirir, ainda, a existência ou não de um núcleo essencial a ser protegido. O princípio da proteção do núcleo essencial, em linhas gerais, salvaguarda os direitos fundamentais de restrições que venham a alcançar o cerne destes direitos, de forma a aniquilá-los, pois se observou que, na conformação à vida cotidiana, tais direitos vêm a sofrer limitações, seja fática, seja juridicamente, muitas vezes por colisão com outros direitos.<sup>12</sup>

Normalmente o princípio da proteção ao núcleo essencial é cotejado com o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, concebidos como vetores a exigir a adequação, necessidade e razoabilidade de eventuais restrições aos direitos fundamentais, decorrentes destes conflitos fáticos e jurídicos com outros direitos, bem como destinados a preservar seu núcleo essencial.<sup>13</sup>

No tocante aos direitos sociais, não se pode olvidar serem estes previstos em grande parte como metas a serem atingidas, razão pela qual há uma dificuldade em se delimitar o seu conteúdo básico, tendo em vista que o delineamento do conjunto de prestações necessárias à

---

possibilidade de os direitos sociais serem pleiteados judicialmente e sua concepção como “determinações de objetivos constitucionais”, embora ressalte seu valor para interpretação do direito, contudo, limitada pelas condições vigentes no Estado. Novais também parece posicionar-se pela necessidade de delimitação normativa dos direitos sociais para fins de produção de efeitos práticos e sindicáveis. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 309-310.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43-45, explicita as diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial: a) a teoria absoluta cujos adeptos entendem o núcleo essencial como unidade substancial autônoma, livre de eventual decisão legislativa independentemente de qualquer situação concreta; b) a teoria relativa, cujos adeptos pensam ser necessário definir o núcleo essencial para cada caso, de acordo com o fim da norma de caráter restritivo, o que deve ser aferido mediante um processo de ponderação, com fundamento no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial é o mínimo impossível de restrição ou redução extraído deste processo de ponderação; Ver, também, ensinamentos de CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 448-451, que trata das duas teorias a respeito da proteção do núcleo essencial, a objetiva e a subjetiva, sempre a ressaltar que não há alternativas radicais na solução dos problemas relacionados à delimitação do núcleo essencial, mas devendo ser congregada a visão do núcleo essencial como “um conteúdo normativo irrestringível” e do núcleo essencial como “o resultado de um processo de ponderação dos bens”.

<sup>13</sup> Sobre o assunto, Hesse observa que a coordenação de direitos e bens jurídicos é efetuada precipuamente pela Constituição. Contudo, ante a amplidão do plano material, há necessidade de regular-se a limitação de direito através da produção da concordância prática, a requerer a coordenação proporcional dos direitos fundamentais, através da avaliação de critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade, a fim de extrair a eficácia ótima dos direitos. Para conter limitações excessivas, aponta a garantia do conteúdo essencial do art.19, alínea 2, da Lei Fundamental alemã. Conferir HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 255-256 e 266-267. Na Constituição Portuguesa, o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso foi consagrado no art. 18º, 2 e 3: 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Texto constante de CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa – Lei do Tribunal Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 17.

sua concretização incumbiria ao legislador ordinário. Não obstante esta primeira dificuldade, tem-se não ser possível ignorar haver um núcleo essencial que possa ser extraído de sua própria natureza, dentro do quadro constitucional.<sup>14</sup>

No campo dos direitos sociais, este núcleo essencial é normalmente identificado como o padrão mínimo de condições indispensáveis ao gozo daquele direito previsto constitucionalmente.<sup>15</sup> No tocante a esse assunto, concorda-se que, na avaliação das restrições que se possam verificar no processo de realização dos direitos sociais ou na ausência deste processo, bem como, de acordo com o caso concreto, dentro da avaliação das ponderações dos bens jurídicos em conflito, este parâmetro do conteúdo essencial dos direitos sociais pode ser deduzido do sistema constitucional e é de importância fundamental no processo de obtenção da solução para a situação a ser considerada.

Pode-se ver, nesse raciocínio relacionado à existência do núcleo essencial dos direitos sociais, a correlação com a idéia do “mínimo existencial”, isto é, da necessidade de garantia das condições mínimas de existência de vida condigna ao ser humano, a qual vem permitindo uma progressão na avaliação das possibilidades de acionar os direitos sociais contra o Estado.<sup>16</sup>

Quanto à avaliação das prestações sociais essenciais a uma vida condigna, no entanto, existe uma grande variação, de acordo com o grau de desenvolvimento econômico, cultural e social dos Estados. Em sociedades mais desenvolvidas economicamente, a concepção das prestações sociais essenciais pode abranger o lazer, o vestuário e a habitação como direitos mínimos, enquanto outras sociedades ainda não alcançaram este estágio.

Todas estas noções preliminares enfatizadas sobre os direitos sociais são idéias básicas que servirão para melhor compreensão da problemática a ser tratada no presente trabalho.

---

<sup>14</sup> Neste sentido, ver posição de MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 113 e 384. v. IV. Por seu turno, Novais parece opor-se à viabilidade garantística do conteúdo essencial no que concerne aos direitos sociais, por entendê-la redundante, quando se identifica com a proibição do excesso, ou insuscetível de desenvolver efeitos práticos, quando se intenta delimitar uma área de proteção absoluta, mormente em face da essência indeterminável dos direitos sociais, característica que ao lado da afetação à reserva do possível norteia, a seu ver, a diferença com os direitos de liberdade. Conferir NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 305-306.

<sup>15</sup> Ver CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 503-504.

<sup>16</sup> Ver KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 62; Ver, também, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 318-320, admitindo a possibilidade de existência de direito subjetivo definitivo a prestações relacionadas à esfera de um padrão mínimo existencial, mediante a ponderação dos bens jurídicos em conflito e de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

## 1.2 Lineamento histórico dos direitos sociais

### 1.2.1 Primórdios dos ideais sociais

De início, convém salientar que a teoria dos direitos fundamentais, dentro da qual se inserem os direitos sociais, resultou da congregação de idéias e pensamentos filosóficos e políticos dos mais variados povos em diversas épocas da história da Humanidade. Contudo, não se pode ignorar a influência mais direta da doutrina dos direitos naturais, em especial como desenvolvida no período pré-revoluções Francesa e Americana.

Ressalte-se que a doutrina dos direitos naturais não surgiu nos séculos XVII e XVIII, pois já vinha sendo objeto de teorização desde os primórdios da civilização, embora tenha sofrido, séculos depois, uma releitura pela doutrina contratualista.

Na Grécia, Platão e Aristóteles já sujeitavam os fins do Estado ao bem-estar social, com a concepção essencialmente política do valor do indivíduo,<sup>17</sup> compreendido como ser social.<sup>18</sup> Sófocles estabelece as bases de um humanismo racional e a referência a um direito superior de origem divina.<sup>19</sup>

A doutrina hebraica, ao pregar a unidade do gênero humano<sup>20</sup>, e posteriormente o cristianismo, ao proclamar valores humanistas, como a igualdade e a fraternidade, com um caráter mais universal, ao conceber a salvação do ser humano, independente de sua origem, raça e sexo, produziram inegável influência na construção teórica dos direitos sociais, na medida em que semearam a idéia básica do tratamento igualitário para todos os homens.

Na Idade Média, com base na doutrina cristã, floresceu a teoria da existência de um direito natural nos termos do Antigo Testamento e do Evangelho, havendo Santo Agostinho e S. Tomás de Aquino desenvolvido a tese da ausência de coercibilidade da lei injusta por ser

---

<sup>17</sup> Conferir ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Edipro, 1995. p. 14.

<sup>18</sup> Conferir PLATÃO. **A República**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 66.

<sup>19</sup> Sobre o assunto ver LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 22; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9; COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 13; VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 23.

<sup>20</sup> Conferir LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119.

contrária ao direito natural.<sup>21</sup> Obviamente tal doutrina servia, inclusive, para justificar a obediência à Igreja, mesmo em detrimento das leis do Estado.

Na Inglaterra, a Magna Carta (1215) é mencionada historicamente como um dos primeiros documentos a reconhecer os direitos dos homens em relação ao poder público. Esta correlação entre limitação do poder estatal e direitos dos cidadãos é uma idéia essencial na teoria dos direitos fundamentais, pois a consagração destes direitos teve como móvel propulsor a necessidade de coibir os excessos e abusos ocasionados pela concentração do poder, inclusive para fins de reflexão sobre os fins do Estado.

Em sua obra *Utopia*, Thomas More já pregava uma sociedade perfeita, onde a posse era comum, o trabalho voltado ao bem geral e os fins das instituições sociais eram o atendimento das necessidades de consumo público, com especial atenção aos enfermos.<sup>22</sup>

Através da Escola do Direito Natural e das Gentes, cujo expoente maior foi Hugo Grócio, o jusnaturalismo adquiriu sua conotação moderna, eminentemente racionalista, através do reconhecimento de um Direito Natural, existente em todas as nações, superior ao Direito Positivo e baseado na razão, a difundir a tese do contrato social e do estado de natureza.<sup>23</sup>

Esta Escola vai influenciar diretamente Voltaire, Jean-Jacques Rousseau e John Locke, fontes de inspiração imediata das Revoluções Francesa e Americana. Por isso, reconhece-se, mais precisamente, a concepção jusracionalista nos mencionados movimentos revolucionários.<sup>24</sup>

Na Inglaterra, as teorias contratualistas encontraram grande repercussão, inclusive pelo amadurecimento da idéia de limitação dos poderes estatais. Como textos históricos ingleses deste período, convém citar a Petição de Direitos (1628), a exigir a autorização prévia do Parlamento, para a cobrança de tributos ou o estabelecimento de derrama,<sup>25</sup> bem como o “Ato de Sucessão ao Trono” de 1701, o qual tornou a função judiciária independente do poder real,

<sup>21</sup> Conferir LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37; VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 24; LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 121; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 39.

<sup>22</sup> Conferir MORE, Thomas. **A utopia**. São Paulo: Edipro, 1994. p. 46, 67, 77, 99 e 114.

<sup>23</sup> Conferir LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 38; Ver, também, VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32.

<sup>24</sup> Conferir MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 21. Tomo IV.

<sup>25</sup> Conferir MIRANDA, Jorge (Org.). **Textos históricos do direito constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980. p. 13-19.

dando-lhe garantias de permanência no cargo e de manutenção dos vencimentos,<sup>26</sup> o que veio a proporcionar a possibilidade efetiva de fazer valer direitos frente ao Estado, pois, embora alguns já fossem previstos desde a Magna Carta, não havia meios de protegê-los.

O inglês John Locke deu maior desenvolvimento à tese contratualista, reconhecendo direitos naturais e inalienáveis ao homem, cuja tutela seria a razão de transformação do estado de natureza em estado político. Tratou, ainda, da limitação do poder estatal, através da decomposição de suas funções, ao lado do assentimento e do direito natural, teorizando sobre a oponibilidade dos direitos ao Estado.<sup>27</sup>

A concepção doutrinária de Locke encontrou eco no pensamento de Montesquieu, Voltaire e Rousseau, sempre ligados à teoria contratualista de formação do Estado e da sociedade.

Jean-Jacques Rousseau, em seu **Contrato Social**, prega que a ordem social é um direito, mas não natural e sim baseado em convenções, fonte de legitimidade do sistema, consubstanciadas no pacto social, que importará na passagem do estado da natureza ao estado civil. Este ato associativo constituiria um corpo moral e coletivo, dirigido pela vontade geral, aquela que visa o interesse comum, cuja desobediência deverá ser repelida pelo corpo social, que forçará, se for o caso, os indivíduos a serem livres.<sup>28</sup>

O mencionado doutrinador concebe como objetivo do Estado a satisfação do bem comum, reconhecendo a existência de direitos à liberdade e à igualdade, esta decorrente do próprio pacto social. Reporta-se à soberania como exercício da vontade geral, atribuindo-lhe as qualidades de inalienável e indivisível.<sup>29</sup>

A eleição do bem comum como objetivo do Estado, já teorizada por Aristóteles, denota a faceta social de que se reveste tal teoria.

O Direito Natural, em suas diversas concepções, esteve correlacionado às normas advindas da natureza, da razão ou da revelação divina, mas a sua idéia essencial vincula-se à superioridade e anterioridade de tais regras ao Estado e ao direito positivo e sua transcendência a todas as nações, norteando os diferentes sistemas jurídicos.

---

<sup>26</sup> Conferir ANDRÉ, Adélio Pereira. **Defesa dos direitos e acesso aos tribunais**. Lisboa: Horizonte Jurídico, 1980. p. 74.

<sup>27</sup> Conferir BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 45.

<sup>28</sup> Conferir ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Bauru-SP: Edipro, 2000. p. 26,35-36, 38, 39, 47, 48, 53 e 71.

<sup>29</sup> Conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2.



Esta idéia de direito natural que fez surgir o Estado e o direito moderno, permitiu a ruptura jurídica, política e social com o regime anterior, baseada em valores não escritos, superiores ao Direito Positivo e legitimadores da resistência à opressão.

Em reação ao Estado Absolutista, especialmente impulsionados pelo Iluminismo, ocorreram dois fatos históricos que deram ensejo a textos que serviram de marco na história dos direitos fundamentais: as Revoluções Americana e Francesa.

O movimento de independência das colônias situadas na América do Norte em relação à Inglaterra foi denominado historicamente como a Revolução Americana, iniciando-se com a Virgínia (12/6/1776), que elaborou uma constituição e uma declaração de direitos, a Declaração do Bom Povo da Virgínia, primeiro texto a relacionar uma série de direitos em favor dos cidadãos. Posteriormente, o Congresso de Filadélfia (1776) veio a insubordinar-se contra a tributação inglesa, proclamando os direitos dos norte-americanos à vida, à liberdade e à propriedade e iniciando o processo de separação da metrópole.

A Declaração de Direitos de Virgínia, já em sua primeira seção, reconhece que os homens são livres e iguais por natureza possuindo certos direitos inatos dos quais não podem ser privados e despojados ao entrar no estado de sociedade.

A mencionada Declaração reporta-se aos direitos inalienáveis do homem, concedidos pelo Criador, dentre os quais o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade, com o que se vincula à corrente jusnaturalista que pregava a existência de direitos e normas naturais decorrentes da revelação divina, pelo que traz reminiscências do pensamento cristão na Idade Média.

A Revolução Francesa apresentou uma conotação muito mais social, tendo em vista haver surgido como uma grande reação à estrutura social da França àquela época, profundamente desigual, pois dividida em estamentos, que separavam as diversas classes sociais.

A França vivia uma grave crise financeira, também motivada pelo desperdício do dinheiro e pelas regalias da nobreza, o que atingia as camadas mais pobres da população, causando fome e desemprego e, conseqüentemente, produzindo uma massa de miseráveis.

Com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em agosto de 1789, foram consagrados os direitos naturais à liberdade, à igualdade, à resistência, à participação política, à propriedade, à liberdade de expressão e à liberdade religiosa, dentre outros. O caráter universal e abstrato da Revolução Francesa encontra-se registrado, de forma

especial, no seu próprio título, que demonstra destinar-se ao gênero humano,<sup>30</sup> não unicamente ao povo francês.

A concepção universal dos direitos do homem consubstanciada na Declaração Francesa identifica-se com o pensamento cristão, ainda nos seus primórdios, que compreendia o homem como ser universal e pregava a igualdade, independentemente de distinções baseadas na origem, sexo ou raça. Refletia, por seu turno, o ideal do movimento filosófico à época reinante, que pretendia a extensão a todos os povos dos postulados que o constituíam.<sup>31</sup>

A Declaração Francesa propõe que sejam os direitos fundamentais o fim de toda associação política, situando-os como elemento essencial à constituição do Estado. Esta idéia, de que a lei maior de uma comunidade deve conter uma relação de direitos fundamentais foi incorporada posteriormente pela maioria dos Estados.

A Declaração Francesa, contudo, era em essência contraditória, já que o seu pano de fundo englobava uma luta entre os interesses da maioria burguesa, para a qual servia a limitação de poderes, o sistema representativo e o voto censitário, e os interesses das camadas mais pobres, ansiosas por participar diretamente da vida pública e por alcançar os direitos que lhes eram negados.

As reviravoltas do movimento levaram a sucessivos levantes populares, sendo de destacar o movimento que forçou a convocação de uma nova Assembléia Constituinte, que resultou na Constituição de 1793, dotada de um caráter mais social, por reconhecer o direito ao trabalho; o direito à educação, estipulando o dever da sociedade em pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos; e o direito à assistência social, para assegurar condições de emprego e de sobrevivência aos que não pudessem trabalhar. Estabeleceu como fim da sociedade a felicidade comum e do Governo a garantia dos direitos naturais e imprescritíveis.

No plano infraconstitucional, houve a edição de leis que buscavam um equilíbrio entre salários e preços; a implantação de um ensino público acessível; a criação de um sistema de beneficência social; a instituição do socorro público para indigentes; a sanção do direito à assistência, através do princípio de seguridade social; a nacionalização dos hospitais e os estabelecimentos de assistência; a previsão do ensino primário gratuito e obrigatório; livre, contudo sob o controle estatal.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Expressão utilizada por BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 516.

<sup>31</sup> A respeito do assunto, ver LEFÈBVRE, Georges. **1789 - o surgimento da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 210.

<sup>32</sup> Conferir SOBOUL, Albert. **Compendio de la historia de la Revolución Francesa**. Madrid: Technos, 1979. p. 295 e 495.

Desta feita, é de se destacar a contribuição das Revoluções Francesa e Americana para maior estabilidade e segurança aos direitos individuais, ante o seu reconhecimento como fundamento e limites do poder estatal. Mas, por outro lado, a interpretação muitas vezes equivocada dos conceitos dos direitos expostos nas declarações representou, por muito tempo, um obstáculo para a evolução dos direitos sociais, bem como para o exercício de certos direitos individuais.

Naquele momento histórico, não se alcançou a percepção do conteúdo social de certos direitos. Entretanto, atualmente é possível fazer uma análise crítica da inconsistência da concepção liberal adotada a respeito dos direitos de liberdade, de igualdade e de propriedade para aplicação às questões sociais, mas não se pode ignorar que os movimentos revolucionários representaram um verdadeiro avanço para o reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos e para a sua proteção contra o Estado, embora não fosse o modelo que hoje se julga mais adequado para a satisfação do bem comum.

#### 1.2.2 A difusão dos direitos sociais nos ordenamentos constitucionais

Os movimentos relacionados às Revoluções Francesa e Americana resultaram no reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos, oponíveis ao Estado e limitadores de sua ação, plasmados em uma lei fundamental: a Constituição.

Durante certo período, a concepção da relação entre o Estado e os direitos fundamentais era limitada, por entender-se que o Estado deveria restringir sua atuação ao desempenho das atribuições essenciais ao seu funcionamento, pregando-se o não-intervencionismo nas estruturas sociais e econômicas.<sup>33</sup> Deste modo, o Estado permitiria o pleno gozo daqueles direitos, modelo este que ficou conhecido como liberal.

Não obstante a tensão social sempre haja existido, o advento da Revolução Industrial gerou situações absurdas resultantes da exploração desmesurada do trabalho humano, levando a repensar os conceitos de liberdade e igualdade preconizados pelas Revoluções Francesa e Americana, que propiciaram o Estado abstencionista.

O trabalho nas fábricas, com jornadas extenuantes, envolvendo crianças, com disciplina rigorosa, sem regras para amparar o trabalhador na doença ou em acidentes, aliados à suposta

---

<sup>33</sup> A respeito do assunto ver BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 40.

liberdade de contratação ensejou uma massa operária de miseráveis, a evidenciar a profunda desigualdade entre os trabalhadores e seus patrões, que demonstrava não existir liberdade ou isonomia para os economicamente mais fracos.

Acirra-se a questão social, com a mobilização dos trabalhadores em prol de condições mínimas de existência e trabalho. As extremas desigualdades sociais demonstraram a necessidade de intervenção do Estado para garantir o equilíbrio das relações sociais e para permitir o mínimo gozo de direitos a todos os componentes da sociedade.

A “Legislação Industrial”, adotada na França e na Inglaterra, no início do século XIX, traz as primeiras regulamentações do direito ao trabalho, estendendo-se posteriormente à Alemanha e a outros Estados.

A pressão social repercutiu na sociedade, para destacar as injustiças geradas pelo modelo liberal econômico e político adotado, excessivamente individualista, de forma que, em 1848, Karl Marx e Engels lançaram o **Manifesto Comunista**, conclamando os operários a se unirem.

Como marco da propagação das idéias sociais, ao lado do Manifesto Comunista, é indispensável citar-se a encíclica **Rerum Novarum**, de 1891, do papa Leão XIII, que também propugnava pela união entre os trabalhadores.<sup>34</sup>

Assim, os trabalhadores passaram a se organizar em sindicatos e confederações. Um grande movimento social se propagou pela Europa Ocidental, especialmente impulsionado por uma revolta popular na França, que derrubou a monarquia, para instauração da República.

Deste modo, a Constituição Francesa de 1848 surgiu como resultado de uma grande luta entre ideologias conflitantes, tendo em vista que ocorria uma grave repressão ao movimento popular, razão pela qual consagrava valores próprios do liberalismo, como também do Estado Social Democrata,<sup>35</sup> ao reconhecer a existência de deveres do Estado para com os cidadãos, relativamente ao trabalho, à instrução, à previdência e à assistência aos necessitados, em especial às crianças, aos idosos e doentes, embora ainda previsse o liberalismo econômico e a igualdade entre as partes na relação de trabalho, sem atentar para a posição mais frágil da classe trabalhadora.

Constata-se, assim, a correlação entre o paulatino reconhecimento dos direitos sociais com a luta empreendida pela sociedade, mormente da classe operária, em busca do ideal de igualdade de oportunidades e promoção do bem comum.

---

<sup>34</sup> Conferir ANTUNES, José Pinto. **Os direitos do homem no regime capitalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947. p. 115.

<sup>35</sup> Conferir COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 149.

Ainda no Século XIX, a Constituição Suíça de 1874 chegou a regulamentar o trabalho das crianças, a jornada de trabalho, a insalubridade e periculosidade no trabalho,<sup>36</sup> porém, a expansão do processo de positivação dos direitos sociais de forma generalizada somente ocorreu a partir do Século XX.

Como marco no processo de constitucionalização dos direitos sociais, no século XX, convém citar a Constituição Mexicana, de 1917, que serviu de inspiração para as Constituições posteriores à 1ª Grande Guerra Mundial: alçou o direito ao trabalho à categoria de direito fundamental; estabeleceu regras protetivas aos trabalhadores, regulando a relação empregatícia, inclusive com a previsão de salário mínimo; concebeu a submissão do direito à propriedade ao interesse público por motivo social, lançando bases para uma reforma agrária; instituiu a previdência, com o estabelecimento de Caixas de Seguros, e estimulou a criação de sociedades cooperativas para a construção de casas a serem adquiridas pelos trabalhadores.

A mencionada Constituição traçou, portanto, importantes diretrizes para um novo tratamento dos direitos dos trabalhadores, para uma nova concepção do direito de propriedade e para outros aspectos sociais que abriram uma via para a constitucionalização dos direitos sociais e as bases de um Estado Social de Direito.

A Revolução Russa em 1918 dá ensejo à implantação de uma organização socialista do Estado, tendo sido promulgada a “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador Explorado”, para levar ao máximo a idéia da socialização, com medidas, entre outras, como a abolição da propriedade privada e a apropriação pelos trabalhadores.

Merece especial destaque, ainda, no processo de constitucionalização dos direitos sociais, a Constituição da Alemanha de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, surgida em um momento histórico delicado para aquele país, que saía derrotado da Primeira Grande Guerra Mundial, mas que veio a trazer novas luzes para o tratamento dos direitos sociais pelo Estado.

A Constituição de Weimar concebeu como tarefa do Estado a higidez, a saúde e o progresso social da família, inclusive com previsão do auxílio e amparo estatal às famílias de prole numerosa; instituiu a escolaridade obrigatória, realizada fundamentalmente pela escola popular de pelo menos oito anos letivos, bem com a gratuidade do ensino e do material didático, dentre outras diretrizes; previu a concessão de subsídios públicos para o acesso das pessoas de poucos recursos às escolas médias e superiores; sujeitou a ordem e a liberdade

---

<sup>36</sup> Uma abordagem detalhada do processo de constitucionalização dos direitos sociais pode ser conferida na dissertação de VITAL NETO, Pedro. **O Estado e os direitos sociais**. USP – Faculdade de Direito, 1978. p. 182-214.

econômica aos princípios da justiça e da dignidade humana; subordinou o uso da propriedade ao bem comum; instituiu um direito ao trabalho uniforme sob a proteção do Estado; estabeleceu um sistema previdenciário, para a proteção da saúde, da capacidade de trabalho, da maternidade e da assistência, e previu a igualdade de direitos entre empregadores e empregados.

A partir de então, seguiu-se um processo de difusão dos direitos sociais nas constituições européias, seguindo-se a Constituição Polaca de 1921, a Constituição Romena de 1923 e a Constituição da República Espanhola de 1931.

No Brasil, refletindo a tendência européia, sobreveio a Constituição Brasileira de 1934, que pioneiramente consagrava os direitos trabalhistas.

A evolução do pensamento a respeito dos direitos fundamentais, portanto, para a compreensão de que não poderiam ficar restritos a uma visão individualista, mormente em face dos graves conflitos sociais decorrentes da Revolução Industrial, impôs o reconhecimento dos direitos sociais e econômicos, cuja aplicação dependeria da ação estatal. Esta responsabilidade do poder público modificou o perfil do Estado, para lhe dar uma conotação mais social.<sup>37</sup>

O século XX caracterizou-se, portanto, como a época da constitucionalização dos direitos sociais no mundo ocidental, o que, em contínuo influxo com o movimento de positivação internacional dos direitos fundamentais em geral, veio a gerar um consistente sistema normativo voltado para a proteção aos direitos sociais, não obstante ainda frágil no que concerne à exequibilidade de tais direitos.

### 1.2.3 A progressiva internacionalização dos direitos sociais

Durante o percurso histórico dos direitos humanos, sempre houve uma mensagem no sentido da sua concepção universal, da sua existência anterior e além do Estado, até mesmo para justificar sua oponibilidade contra o ente estatal.

No processo de sedimentação internacional dos direitos sociais, cuja trajetória se encontra entrelaçada com a de todos os direitos fundamentais, embora não se possa deixar de registrar a importância dos primeiros textos ingleses consagradores de alguns desses direitos e

---

<sup>37</sup> A respeito do assunto ver ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 447.

difusores das idéias básicas de limitação do poder estatal pelos direitos dos cidadãos, a Declaração Francesa de 1789, ao lado da Americana, são consideradas o marco inicial da noção universal dos direitos humanos. Registre-se que tais declarações foram especialmente influenciadas pelo pensamento iluminista do século XVIII.<sup>38</sup>

Não é de olvidar, outrossim, a importância dos movimentos antiescravagistas neste processo de internacionalização, na medida em que evidenciaram a necessidade de uma proteção supranacional dos direitos humanos. Outrossim, paralelamente, os princípios de Direito Humanitário também foram desenvolvidos e passaram a figurar, por exemplo, na Convenção de Genebra de 1864, regulando o direito de guerra e o direito das pessoas nos Estados em conflito.

No que diz respeito aos direitos sociais, em especial, o ambiente europeu das primeiras décadas do século XX, consoante destacado na parte final do item 1.2.2, tornou propícia sua projeção internacional.

A criação de um órgão internacional que estabelecesse regras básicas para as relações trabalhistas tornou-se reivindicação do grande movimento social difundido na Europa com o acirramento das tensões sociais ocasionadas pela Revolução Industrial e pelo sistema capitalista. Esta reivindicação abriu caminhos para internacionalização dos direitos sociais, materializados na criação da Organização Internacional do Trabalho através do Tratado de Versalhes, decorrente da Conferência de Paz, realizada após a Primeira Guerra Mundial, para garantir o bem-estar físico, moral e intelectual dos trabalhadores.

Além disso, a contribuir com tal quadro, os conflitos bélicos travados na Europa, na primeira metade do Século XX, ocasionaram uma queda ainda maior nas condições sociais da população.

Através do Tratado de Versalhes também foram previstas a Liga das Nações e a Corte Permanente de Justiça. Esta açambarcava a competência para julgamento das violações de todos os tratados e convenções vigentes, o que representou um grande salto na história da internacionalização dos direitos humanos de modo geral.

Com o desfecho da Segunda Guerra Mundial, diante do horror e da perplexidade com que a comunidade internacional reagiu às violações reiteradas e absurdas aos direitos humanos pelo próprio Estado, especialmente os direitos à vida, à liberdade e à igualdade,

---

<sup>38</sup> A respeito do assunto ver LABRADA RUBIO, Valle. **Introducción a la teoría de los derechos humanos**: fundamento: historia. Declaración Universal de 10 de Diciembre de 1948. Madrid: Civitas, 1998. p. 81.

desenvolveu-se a consciência da transcendência de tais violações do plano do direito interno e de sua capacidade de ameaça a toda a paz mundial.<sup>39</sup>

Amadureceu-se o raciocínio no sentido de que os direitos do homem constituíam valores pertencentes a toda a comunidade global, a precisar da proteção internacional. Constatou-se, portanto, a necessidade de criação de instrumentos, órgãos, regras e mecanismos de controle das infrações nesta seara, dotados de maior eficácia, em especial com vistas à responsabilização do Estado.

Foi dado prosseguimento a este processo de internacionalização com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que também serviu de vetor para o reconhecimento dos direitos sociais nas legislações internas dos países integrantes da comunidade internacional.

Ante a dificuldade de implementação do sistema universal de controle dos direitos fundamentais, monitorado pela Organização das Nações Unidas, desenvolveram-se dois grandes sistemas regionais, na Europa e nas Américas, que, ao lado das convenções regionais correlatas relativas aos direitos humanos, têm desempenhado um significativo trabalho de proteção, embora no campo dos direitos sociais o sistema de controle ainda esteja em um estágio bem menos avançado, em face das dificuldades encontradas para a concretização dos direitos sociais.

Nos anos 90, a Organização das Nações Unidas (ONU) desenvolveu uma intensa agenda social, mediante a realização de diversas conferências, a fim de traçar um plano de ação destinado à obtenção de soluções nesta área. Contudo, quando o debate internacional se encaminhou para a solidariedade com as nações do Terceiro Mundo, para o desenvolvimento sustentável, para a contrapartida dos países ricos, houve dificuldades no prosseguimento desta estratégia de avanço no tratamento dos direitos sociais.

Os países mais poderosos não cumpriram suas contrapartidas em relação aos mais pobres,<sup>40</sup> ocorreram restrições orçamentárias, assim como houve críticas à pretensa socialização da agenda da ONU, o que resultou em uma certa regressão de seu programa destinado à discussão sobre a questão social global e a implantação de mecanismos de redução das disparidades entre os diferentes povos nesta seara.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Conferir SORENSEN, Max. **Manual of Public International Law**. Londres: Fondo de Cultura Econômica, 1978. p. 495.

<sup>40</sup> Conferir VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio e Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 96.

<sup>41</sup> KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.18, n. 53, p. 143-157, out. 2003.



As principais conferências realizadas foram “A Cúpula Mundial sobre a Criança” (Nova York, 1990); “Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” (1992); “Conferência de Viena sobre Direitos Humanos”(1993); “Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento” (1994); “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social” (Copenhague, 1995); “Conferência de Beijing sobre a Mulher”(1995); “Conferência de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996); “Conferência de Kioto sobre o Clima” (1997).<sup>42</sup>

Deve-se destacar, em face do avanço para o tratamento igualitário entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, as disposições da Conferência de Viena, de 1993, ao pregar a universalidade, indivisibilidade e interdependência entre os mencionados direitos, o que demonstrou uma evolução em âmbito internacional na compatibilização da dicotomia ideológica tradicional estabelecida.

Neste aspecto, é importante notar que a Declaração de Viena também dispôs sobre a cooperação entre os Estados com o fito de superar os obstáculos ao desenvolvimento, inclusive através da atenuação do fardo dos países subdesenvolvidos no que concerne ao pagamento de suas dívidas externas.

No campo econômico, na década de 90, a globalização diminuiu o poder regulatório do Estado Nacional e intensificou o comércio entre os diversos países, o que ensejou a ampliação do papel de órgãos internacionais de coordenação econômica (OMC) e agências financeiras, como o Banco Mundial, na adoção de medidas de controle de investimentos externos, fluxos de capitais e estabelecimento de salvaguardas e medidas compensatórias visando ao equilíbrio do cenário mundial em proteção das sociedades mais empobrecidas.<sup>43</sup>

Destarte, nota-se que o reconhecimento dos direitos sociais resultou de um grande processo histórico, político e ideológico, marcado por lutas e tensões sociais, em nível internacional e interno, chegando, no plano normativo, a um bem estruturado quadro, mas que, por outro lado, se deparou com dificuldades acentuadas no plano da efetividade.

Enquanto muitos procuram meios de diminuição da distância entre o plano fático e o normativo, em prol da progressiva efetivação dos direitos sociais, outros pregam a redução do estágio já conquistado, especialmente impulsionados pelos ideais do neoliberalismo.

---

<sup>42</sup> KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.18, n. 53, p. 143-157, out. 2003.

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

### **1.3 O papel dos direitos sociais na evolução da concepção do Estado Moderno**

Através do processo histórico do reconhecimento dos direitos sociais, esboçou-se a profunda influência que estes representaram para a conformação da feição atual do Estado Moderno ocidental.

O delineamento do clássico Estado de Direito, como a instituição política detentora do poder limitado pela obediência às leis, pela divisão de poderes e por um estatuto de direitos fundamentais e garantias institucionais reconhecidas aos cidadãos, começou a ser traçado, ainda que de forma embrionária, através dos textos ingleses históricos que primeiro trouxeram restrições às ações do rei ante a submissão anterior de determinados atos seus a outros órgãos da estrutura política do reino.

A partir de um gradual processo ideológico e histórico, consoante se viu no item 1.2, houve um desenvolvimento desta idéia básica de limitação do poder estatal, para se desenhar a estrutura hoje concebida como Estado de Direito.

Após o declínio do feudalismo, o Estado Absolutista caracterizou-se, como se sabe, pela centralização do poder no monarca. Os cidadãos viam-se premidos pela opressão absolutista, que confundia o Estado com o rei, desprezando-lhes os direitos mais básicos e intervindo em toda a vida social.

Com o amadurecimento das idéias que propalavam a prioridade da pessoa humana e de seus direitos, formou-se progressivamente um corpo de regras limitando a ação estatal.

Em reação ao poder desmesurado do Estado, inerente ao Absolutismo, sob influência do pensamento humanista, em especial através dos movimentos revolucionários francês e americano, inspirados nos antecedentes ingleses, passou-se a reconhecer aos indivíduos direitos fundamentais, dentre os quais merecem destaque os direitos à liberdade e à igualdade.

Cumprе salientar que a igualdade era concebida no sentido de oposição às regalias comumente concedidas às classes aristocráticas, em função da origem da pessoa. Era uma autêntica contraposição aos privilégios de que a nobreza gozava no regime monárquico, difundindo-se a idéia de que bastava uma abstenção estatal para que viesse a ser realizada.

Neste sentido, a igualdade como a aplicação da lei da mesma forma em relação a todos, inclusive ao detentor do poder político, representava uma grande evolução, pois anteriormente relutava-se a admitir que o Estado estivesse sujeito a um corpo de regras jurídicas válido para todos os cidadãos.

Nesta primeira fase, a concepção da igualdade não abrangia a igualdade social, a igualdade de oportunidades. Em verdade houve resistência à incorporação dos valores sociais dentre as regras da comunidade, que somente foi conquistada através da luta social, intensificada com o desenvolvimento do sistema capitalista, com suas trágicas consequências em relação à concentração de renda e à desigualdade social.

Para ilustrar a limitada concepção da igualdade que grassava, denote-se que a própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, embora consagrasse tal direito formalmente, ao estabelecer o direito de participação política do indivíduo, vinculou o direito de voto aos detentores de propriedade, ignorando o sufrágio universal.

Por seu turno, a liberdade foi concebida na Declaração Francesa como o poder de fazer tudo aquilo que não prejudicasse a outrem, dentro da idéia de que o exercício dos direitos naturais teria por limites os direitos dos outros. A citada Declaração correlaciona, ainda, este direito de liberdade com a lei, estabelecendo que os limites a este direito somente poderiam ser estabelecidos legalmente, sendo permitido ao indivíduo fazer tudo que não fosse proibido pela lei. Aliás a liberdade econômica foi proclamada legalmente, durante o movimento revolucionário francês, proibindo-se a greve e a sindicalização.<sup>44</sup>

Denota-se, pois, a visão liberalista do suso mencionado direito, porquanto o seu gozo deveria implicar uma atitude abstencionista do Estado, em um não-fazer. O Estado, assim, deveria limitar-se a deixar o indivíduo usufruir de sua liberdade. Ainda não se havia imaginado que, para muitos, o gozo da liberdade depende da ação estatal.

Deste modo, é de se ver que o conteúdo de liberdade compreendido dizia respeito à economia, à imprensa, à religião, à consciência, à expressão e à garantia da prisão ilegal, sem reportar-se à criação de oportunidades que viabilizassem a liberdade para os desfavorecidos. Por isso diz-se que o grande destinatário desta liberdade era o burguês, pois a liberdade não chegava a alcançar a todos. Não é sem motivo que a Revolução Francesa é tachada por muitos como a revolução burguesa.

Posteriormente, com a maturação das relações comerciais e, especialmente, com a Revolução Industrial, constatou-se que os indivíduos ficam presos em virtude de sua situação econômica. A liberdade pressupõe o gozo de determinadas condições que permitam ao indivíduo o exercício de escolhas, pois aqueles premidos pela fome, pela luta em prol da

---

<sup>44</sup> Conferir LEFÈBVRE, Georges. **1789 - o surgimento da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 244.

sobrevivência, em virtude de sua hipossuficiência, não se encontram livres para expressar a sua vontade, nem se encontram em patamar idêntico aos que detêm a riqueza.<sup>45</sup>

A idéia de limitação estatal foi tão arraigada, em virtude do horror ao poder absoluto antes detido pelo Estado, que se pregava que este deveria respeitar completamente a individualidade, não intervindo na economia, para dar plena efetividade ao princípio da liberdade.<sup>46</sup> Denote-se que o florescimento do capitalismo muito mais reclamava esta liberdade econômica, a pregar a lei do mercado como lei natural, que para melhor funcionamento rechaçaria interferências.

Deste modo, deflui-se que o Estado era visto como aquela entidade circunscrita ao mínimo de ação, sem se imiscuir na esfera privada, para que o indivíduo pudesse usufruir amplamente dos seus direitos naturais, cujo gozo assim estaria garantido.

Este não-intervencionismo caracterizou o Estado Liberal de Direito, que somente desempenhava as ações essenciais ao seu funcionamento. Este modelo, contudo, não foi suficiente para atender à realidade social.

A prática abstencionista do Estado demonstrou ser infrutífera, pois não atendia ao pleno exercício dos direitos fundamentais, que também precisavam de prestações positivas para se efetivarem.<sup>47</sup> A lógica do mercado, por si só, desprezava tais parâmetros, por ser regida unicamente pelo lucro, em detrimento da dignidade humana.

A estrutura das relações econômicas, comerciais e industriais, demonstrava que o indivíduo era subjugado e explorado<sup>48</sup> e não dispunha sequer de liberdade para o estabelecimento de relações, pois, premido pela ausência dos direitos elementares, como a própria alimentação, não tinha autonomia suficiente para irradiar uma vontade livre. O modelo liberal não conseguiu corresponder ao pluralismo da sociedade.

Não adiantava apenas o Estado abster-se, pois nem todos estavam em condições de igualdade. Havia aqueles que não tinham oportunidades para alcançar os direitos mais fundamentais, razão pela qual ocorria um desequilíbrio nas relações sociais.

Formou-se a consciência, então, da necessidade de intervenção do Estado a fim de nortear a atividade econômica e assegurar a fruição dos direitos a todos, o que açambarcava a

<sup>45</sup> A respeito do assunto, ver ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 445.

<sup>46</sup> Conferir MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 20.

<sup>47</sup> A respeito do assunto ver AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 82; Ver, ainda, BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 72; Ver, ainda, sobre o assunto, LUCAS VERDÚ, Pablo. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975. p. 91.

<sup>48</sup> A respeito do assunto ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 283.

prestação de serviços de saúde, educação, habitação e previdência social, a demandar maiores recursos financeiros, obtidos primordialmente através da tributação. O Estado de Direito adquiriu feição social.<sup>49</sup>

O sistema capitalista de produção tende a gerar graves disparidades sociais, concentrando grande parcela das rendas em diminutas camadas da população, razão pela qual surge a necessidade de o Estado intervir, visando reduzir estas distorções.

Assim, a redistribuição de riquezas é um instrumento de política estatal que objetiva reduzir as disparidades econômicas e sociais da comunidade, para satisfazer as necessidades públicas essenciais daqueles excluídos do sistema.

Em face da palpitante tensão social, tendo em vista a crescente desigualdade de renda gerada, uma das formas de atenuação dessa injustiça pôde fazer-se através da ação do Estado na prestação ou viabilização dos direitos sociais e coletivos.

Tão somente esta concepção, contudo, também não se mostrou totalmente adequada, pois era indispensável conferir um caráter plural à condução dos negócios públicos, de modo a ampliar a participação da comunidade na gestão dos recursos e na tomada de decisões políticas.<sup>50</sup>

Os regimes totalitários surgidos nas primeiras décadas do Século XX demonstraram o perigo da concentração do poder e da usurpação das práticas democráticas para a condução dos destinos das Nações. Ademais, o desrespeito sistemático dos direitos fundamentais, em especial representado pelo projeto de exterminação dos judeus, colocou todo o destino da humanidade em questão.

Destarte, diante das múltiplas necessidades sociais, ante a imprescindibilidade de estabelecer prioridades, de eleger objetivos e de permitir a maior participação possível dos cidadãos nesta missão, destacou-se na concepção do Estado o essencial caráter democrático.

Não é de olvidar que a concepção do Estado como exclusivo provedor das necessidades públicas resultou em um grande alargamento de suas funções, mesmo porque o patamar

<sup>49</sup> VALDÉS DAL-RE, Fernando. Estado social e seguridade social na Constituição Espanhola. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzotto Torres (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003. p. 271, concebe o Estado Social como aquele que busca a realização da idéia de justiça mediante a atribuição de bens de conteúdo econômico (prestações sociais) em prol dos grupos sociais, em especial os mais desfavorecidos.

<sup>50</sup> Martinez bem observa que teoricamente “todo socialismo é democrático”, por buscar a igualdade real de oportunidades. Aponta, contudo, que poucas experiências políticas do socialismo no plano histórico foram democráticas, porque em muitos países gerou-se uma casta ou classe de gestores que passaram a se aproveitar dos recursos produzidos, exemplificando com o stalinismo e o Governo de Pol Pot, no Camboja. Conferir MARTINEZ, Victor. **Estado democrático**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/Estado%20Democrático.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2005.

mínimo necessário relativo aos direitos a lhe serem exigidos tenda sempre a se elevar, à medida que são alcançados os níveis estabelecidos como meta inicial.

Destarte, transcendendo-se aquela idéia de satisfação das necessidades coletivas de forma plena pelas próprias contingências econômicas e afigurando-se necessário estabelecer prioridades e áreas de atuação,<sup>51</sup> acrescentou-se ao Estado Social de Direito um caráter pluralista, para se chegar à concepção do Estado Democrático de Direito, que indica a participação dos cidadãos no projeto econômico e social traçado, através da Constituição.<sup>52</sup>

A definição da estrutura social econômica almejada passou a ser traçada através das constituições. Assim, o povo, através de seus órgãos representativos, elabora a Constituição, que estabelece uma determinada estrutura sócioeconômica, define metas para alcançá-las, aponta setores da economia a serem incentivados, indica aqueles que por sua importância necessitam de monitoramento direto do Estado e fixa regras de justiça social.

Neste quadro, o intervencionismo estatal encontra-se presente e segue os preceitos constitucionais, optando por instrumentos desta atuação e cumprindo suas funções de carrear recursos públicos e intervir na estrutura social e econômica, conforme o programa constitucional traçado, significando que o meio de redistribuição de riquezas deve resultar de uma decisão coletiva adotada de forma democrática.

O legislador encontra-se, desta forma, obrigado a respeitar os objetivos constitucionalmente traçados em relação aos direitos sociais, na busca pelo alcance da conformação política e social estabelecida. Na Alemanha, em 1951, o Tribunal Constitucional da Federação reconheceu o dever do legislador de empreender esforços no sentido de conciliar os diferentes interesses com vistas ao estabelecimento de justas condições de vida.<sup>53</sup>

O plano fático, entretanto, demonstra ser esta obrigação comumente ignorada, tragada pelo turbilhão político e econômico a influenciar as discussões ocorridas no Parlamento. A experiência evidencia ser cediço atualmente que nem sempre as decisões dos órgãos representativos refletem a vontade da coletividade ou ainda melhor o atendimento dos valores

<sup>51</sup> A respeito do assunto ver MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 392. tomo IV.

<sup>52</sup> Segundo Martinez, o Estado Democrático desenvolve o processo de “positivação das chamadas normas programáticas”, com a absorção pelas Constituições das definições e conceituações das “finalidades institucionais e precípuas” do Estado. Conferir MARTINEZ, Victor. **Estado democrático**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/Estado%20Democrático.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2005. Para Morais, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se, em especial, por seu ideal utópico de transformador da realidade, voltada para garantia/implementação do futuro, o que desloca a tensão do Legislativo e Executivo para o Judiciário. Conferir MORAIS, José Luís Bolzan. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos, vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2003. p. 56.

<sup>53</sup> Ver comentários de LUCAS VERDÚ, Pablo. **La Lucha por el Estado de Derecho**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 84.

relativos aos direitos fundamentais, parêntese necessário à vista dos acontecimentos históricos passados demonstradores de que a maioria muitas vezes ignora a necessidade de proteção das minorias, como tarde se percebeu com o sistema nazi-fascista.

Ante as opções políticas tomadas pelos parlamentos, em vários casos dissociadas do ideal de realização de justiça social, questiona-se se a política econômica adotada realmente busca o atendimento dos direitos fundamentais ou se vem sendo dominada pelo interesse dos grupos políticos e econômicos dominantes.

Estas constatações evidenciaram a necessidade de viabilização de novos meios de participação democrática dos grupos sociais na tomada das decisões políticas, dentre os quais plebiscitos, referendos, consultas populares, orçamento participativo, conselhos populares, etc.<sup>54</sup> Defende-se que o controle judicial das políticas públicas pode se afigurar como mais um meio de fiscalização e participação da sociedade na condução da ação estatal em prol dos direitos sociais.

Além disso, vive-se hoje em dia uma série de dificuldades de atendimento dos direitos sociais por parte do Estado, ante a crise financeira mundial, a má gestão econômica, a corrupção dos governantes, o desperdício de recursos, a excessiva burocratização e a ineficiência da organização administrativa e fiscal, dentre vários motivos.

Nos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, a questão se agrava, tendo em vista que, endividados externamente, não podem investir em políticas públicas sociais adequadas.

Com o fim da guerra fria, a derrocada do “socialismo real” da União Soviética, a emblemática queda do Muro de Berlim e o processo de reunificação das duas Alemanhas, a evidenciar o insucesso dos modelos existentes alternativos ao sistema capitalista, houve um recrudescimento do neoliberalismo, que prega a redução dos gastos sociais dos Estados e a redução do intervencionismo estatal, o que pode distanciar a ação estatal dos princípios da primazia da pessoa humana e do fim de atendimento do bem-estar comum.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Conferir VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 39, a ressaltar que a democracia não é apenas regime político, com partido e eleições livres, mas uma forma de existência social aberta, a permitir a criação de novos direitos. A entender que para a democracia não é suficiente o atendimento da satisfação das necessidades coletivas, sendo imprescindível a participação de todos no processo político e econômico, sendo um sistema de adoção de decisões que fomentam a liberdade, conferir ANNONI, Danielle. O direito da democracia como requisito imprescindível à cidadania. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 99.

<sup>55</sup> Conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As bases ideológicas do direito administrativo. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzotto Torres (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003. p. 224 e 225. Mello destaca a campanha crítica sofrida pelo Estado Social de Direito, a seu ver, movida pelo interesse de debilitar os direitos sociais e permitir fosse franqueados os mercados dos países subdesenvolvidos, tudo

Houve críticas ao papel social do Estado, sob o argumento de tratar-se de verdadeiro assistencialismo, a gerar cidadãos acomodados e a sobrecarregar os demais trabalhadores com os custos da manutenção daqueles. A classe média revoltou-se com a alta carga tributária destinada ao custeio de programas sociais. Cumpre destacar que, não obstante não se possa ignorar existirem situações de pessoas que possam se enquadrar nestas críticas, esta circunstância não pode ser generalizada, já que a existência da crise social encontra-se refletida nos péssimos indicadores sociais observados em todo o mundo.<sup>56</sup>

Ademais, a opção de trabalho dentro da realidade hoje vivenciada não é viabilizada para todos, haja vista as altas taxas de desemprego hoje enfrentadas pela maioria das Nações, em virtude, inclusive, do ritmo econômico e do desenvolvimento tecnológico da sociedade mundial. A imputação da falta de trabalho, de forma generalizada, à livre escolha do indivíduo é, no mínimo, questionável.

A intensificação das trocas econômicas no mundo, o desenvolvimento tecnológico, científico e informático, o avanço dos meios de comunicação, a velocidade da movimentação dos fluxos financeiros, dentre outros fatores, vem transformando o mundo em uma comunidade global, a acentuar as influências mútuas entre os acontecimentos situados nos mais diversos pontos do planeta.

A formação de grandes conglomerados econômicos e financeiros espalhados pelo mundo, imunes ao controle dos Estados, diante do seu poderio, vem minando o poder decisório das instâncias locais.<sup>57</sup> Este fenômeno, no que concerne à mundialização do capitalismo, é denominado globalização econômica.

---

para restaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada país quanto no plano internacional. Bem observa, todavia, sofrer tal movimento neoliberal um arrefecimento, seja pelas manifestações censórias em face da miséria produzida pelo modelo, seja pelo alcance quase integral dos objetivos nele encampados, tendo em vista já haver ocorrido “uma substituição interna do empresariado dos países emergentes pelos grandes grupos internacionais”, com a captação do mercado destes países; Em contrário, para entender que a solução da crise do Estado passa pela moderação do intervencionismo estadual, através do recuo das tarefas sociais (realização dos direitos econômicos, sociais e culturais) ou o abandono parcial de tarefas tradicionais, conferir NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2005.

<sup>56</sup> Magalhães, ao se referir à crítica concernente ao caráter assistencialista do Estado como gerador de clientes que nele se amparam, aponta ser extremamente simplificadora e parcial, ao considerar parte de um problema pontualmente situado no tempo e no espaço como regra para explicar a crise do estado social. Conferir MAGALHÃES, José Luiz. **A crise da democracia representativa**. o paradoxo do fim da modernidade. Disponível em: <[http://64.233.179.104/search?q=cache:i\\_iSJhg\\_SJcJ:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.179.104/search?q=cache:i_iSJhg_SJcJ:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 1º fev. 2004.

<sup>57</sup> Conferir VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 87. Conferir DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 29, 41-43, 50. Delgado menciona que, com a perda ou enfraquecimento do poder estatal em face da globalização, vêm surgindo “quase-estados”, dotados de uma soberania inócua e produtores de uma regulação social orientada por valores e interesses privados.



Com a abertura dos mercados, a necessidade de investimentos externos para movimentação da economia nacional e de atendimento de padrões de concorrência no mercado exterior, a globalização econômica impõe a flexibilização de normas trabalhistas a fim de serem alcançados preços competitivos, em detrimento de direitos historicamente conquistados por parte dos trabalhadores.

Em face da lógica do mercado, em busca de lucro, o consumismo é estimulado em todo o planeta, sem atentar para o exaurimento dos recursos naturais e para a necessidade de sua exploração racional, o que vem ocasionando mais pobreza, conflitos e piores condições de vida, além de colocar em risco todo o futuro da Humanidade.

No panorama mundial, houve o agrupamento de países situados em determinadas regiões, com características culturais, econômicas, políticas e sociais mais próximas, a formarem blocos econômicos que podem servir ao desenvolvimento de estruturas políticas regionais, como no caso da União Européia, a diminuir o poder político dos Estados Nacionais, pois os órgãos supranacionais são encarregados da orientação dos caminhos a serem adotados pelo bloco.<sup>58</sup> Há, portanto, uma tendência mundial à formação de blocos regionais de países, que maior força política podem representar no cenário internacional.

Diante da crise financeira vivida pelos Estados Nacionais, estes são obrigados a recorrer a organismos financeiros internacionais, submetendo-se a objetivos traçados externamente, bem como precipuamente voltados ao acerto financeiro do Estado, independentemente dos seus custos sociais.<sup>59</sup>

Encontra-se, pois, o Estado Democrático de Direito em crise, premido pela escassez de recursos, pressionado pelo interesse dos grandes grupos econômicos, incapaz de proporcionar serviços públicos eficientes, sujeito às agruras da globalização econômica, o que está

---

<sup>58</sup> Antunes atenta para a ocorrência da tomada de decisões políticas que concernem ao todo social, em especial nas comunidades políticas ou comerciais associadas, como a União Européia ou o Mercosul (este em menor proporção), ao alvedrio da consulta às populações, sob o argumento de tratar-se de temas técnicos. Aponta o “déficit democrático” das decisões, para ressaltar ser o fenômeno diretamente ligado à globalização. Conferir ANTUNES, Ruy Barbedo. **Globalização e direitos humanos**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/GLOBANTUNES.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2005.

<sup>59</sup> Bento aponta um exemplo de crescimento econômico atual que refoge aos padrões do “Consenso de Washington”, modelo de reformas estruturais de inspiração neoliberal, que informam as recomendações do Banco Mundial e FMI: os países do sudeste asiático. Bento observa que estes países criaram uma estratégia parcialmente alternativa, com ênfase em certas políticas igualitárias e estímulo, com incentivos públicos, ao desenvolvimento tecnológico e industrial, com objetivo politicamente planejado de se aproximarem aos padrões dos países desenvolvidos. Bento atenta que, não obstante sofram um crise financeira decorrente dos ataques especulativos, os países do sudeste asiático melhoraram diversos indicadores sociais. Conferir BENTO, Leonardo Valles. Para além do “Consenso de Washington”: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 377, 380-381.

forçando uma diminuição da sua função social<sup>60</sup> e um conseqüente aumento da desigualdade entre os indivíduos, o que pode vir a produzir resultados desastrosos e imprevisíveis.

O Estado Democrático de Direito, todavia, continua sendo a instância política mais adequada à promoção dos direitos fundamentais, seja por sua estrutura, por sua proximidade com o cidadão, e por seus objetivos, aspectos estes mais participativos e plurais.<sup>61</sup> Não é de olvidar, contudo, ser também apontado o Estado como o principal responsável pelo desrespeito aos direitos sociais, o que demanda uma profunda reflexão sobre o cumprimento de seu papel e demonstra a necessidade de criar mecanismos eficazes para a responsabilização do Poder Público e/ou de seus governantes.

A estabilização econômica e política é essencial para o gozo dos direitos sociais. É necessário, contudo, encontrar um modelo de desenvolvimento que, a par do equilíbrio financeiro do Estado, da redefinição de sua atuação, da busca pela eficiência administrativa e da transparência nas despesas públicas, também congregue a preocupação com as suas necessidades sociais e ambientais, mesmo porque os investimentos sociais produzem indubitáveis reflexos neste processo de desenvolvimento.<sup>62</sup>

A reorientação da atividade estatal para a priorização dos direitos sociais essenciais aos excluídos afigura-se um caminho imprescindível à garantia dos direitos sociais.<sup>63</sup>

Por seu turno, a fiscalização da destinação das verbas públicas é indispensável para que os recursos não se percam nos meandros da burocracia, nas mãos dos administradores incompetentes ou corruptos, na má gestão financeira e tributária, bem como para que sirva de parâmetro à escolha dos governantes.

<sup>60</sup> Conferir MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 31. tomo IV.

<sup>61</sup> A manutenção da identidade cultural, do poder do Estado Soberano e do direito de decisão é vista como essencial por Costa para uma real globalização democrática, com respeito à diferença de cada um. Conferir COSTA, José Ricardo Caetano. **A (des) regulamentação dos direitos sociais a partir da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol2/06.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2005.

<sup>62</sup> Vieira menciona que as teorias de desenvolvimento do Séc. XX que se baseavam somente no crescimento econômico não foram confirmadas pela História, pois este foi acompanhado do aumento da pobreza e da desigualdade social. Conferir VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 127. Sobre o assunto, conferir também DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 113.

<sup>63</sup> A correlacionar participação política e gozo dos direitos sociais, Arruda Júnior e Gonçalves bem observam que o “participativismo” pode redundar em demagogia, caso não sejam implementados “programas de socialização de calorías e do acesso a competências comunicativas”, porque os cidadãos que não podem assegurar sua própria existência e que não têm acesso à educação não podem exercer sua liberdade política. Conferir ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Globalização, direitos humanos, desenvolvimento**. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 138-139.

A organização da sociedade civil, através das organizações não-governamentais, das associações populares, do terceiro setor, das cooperativas, etc., a educação dos cidadãos, a formação de uma consciência coletiva e de uma opinião pública atuante em prol das transformações sociais necessárias à viabilização dos direitos sociais dos cidadãos, com priorização dos mais básicos, também se configuram essenciais no avanço do tratamento do tema.

Outrossim, a criação de mecanismos de viabilização das prestações sociais, com a redução das desigualdades geradas pelo modelo capitalista, seja através do aperfeiçoamento dos serviços administrativos ou da atuação legislativa, seja, subsidiariamente, através do controle jurisdicional das políticas públicas, ante a falência do sistema tradicional, apresenta-se como uma forte tendência na luta pela concretização dos direitos sociais.<sup>64</sup>

Frise-se, por oportuno, haver a globalização econômica desencadeado um grande movimento contrário,<sup>65</sup> também em âmbito transnacional, opositor desta perda de identidade por parte das comunidades e indicador das efeitos deletérios da massificação dos padrões, da ignorância das necessidades sociais e da primazia do consumo e do lucro como norteadores do modo de viver. Este movimento, por seu turno, destaca a importância das instâncias locais de decisões, a reforçar, portanto, o papel do Estado Democrático de Direito e da sociedade civil na promoção dos direitos fundamentais.<sup>66</sup>

Não se pode olvidar, destarte, não se reduzir a globalização ao aspecto econômico, por possuir uma dimensão cultural, social e política, o que permitiu a abertura de um espaço de luta na esfera internacional pela democratização e universalização dos direitos humanos; por

<sup>64</sup> Bonavides destaca a importância da fruição pelo povo do direito à comunicação e à informação e da substituição das vias políticas pelas vias judiciais ou jurisdicionais no que tange às garantias de concretização e proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, para a real existência da democracia como direito fundamental. Conferir BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 369.

<sup>65</sup> A resistência pelo poder local à globalização é denominada por Antunes de “glocalização” ou “rebelião dos particularismos”, para acentuar que, em especial na última década do Século XX houve a eclosão de vários movimentos políticos e sociais contra a globalização, para contrapor ao universal o particular, isto é, aquilo que é próprio de uma comunidade. Conferir ANTUNES, Ruy Barbedo. **Globalização e direitos humanos**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/GLOBANTUNES.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2005.

<sup>66</sup> Dallari ao apontar algumas tendências sobre o futuro do Estado, indica a orientação predominantemente nacionalista, não como agressão aos demais, mas sim como defesa e valorização dos recursos e interesses da sua comunidade, bem como das peculiaridades histórico-culturais. Identifica, ainda, como tendências “futuríveis” do Estado: “a integração crescente do povo nos fins do Estado; a racionalização objetiva da organização e do funcionamento do Estado, implicando formas autoritárias de governo” e “uma homogeneização relativa do Estados”. Conferir DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 170-176. A respeito das perspectivas sobre o futuro do Estado, Vieira considera existir uma tendência de superação do Estado Nacional em face da dimensão dos problemas atuais vividos, para instâncias políticas de alcance mundial. Frisa, entretanto, que a era do Estado-Nação não terminou, mas apresenta sinais de declínio. Conferir VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 106.

novos padrões de desenvolvimento e pela demonstração da necessidade de cooperação e regulação mundial, em prol da solidariedade mundial.<sup>67</sup>

Enfrenta-se, hodiernamente, problemas globais: migrações, terrorismo, fome, pobreza, acidentes ecológicos, genocídio, conflitos étnicos, etc. A questão é compatibilizar a ordem local e mundial, manter-se aberto a este canal de interação, e, em especial, democratizar a globalização, importante missão a ser desempenhada pelo Estado Democrático e Social de Direito em constante articulação com a sociedade civil.<sup>68</sup>

#### 1.4 A tutela multinível dos direitos sociais

Em função da trajetória de reconhecimento dos direitos sociais, não destoante daquela relativa aos demais direitos fundamentais, formaram-se diversos sistemas jurídicos de proteção, no âmbito local, na órbita interna do Estado; na órbita regional, através do agrupamento de vários Estados em blocos regionais, e na órbita universal, na esfera ligada a todos os países componentes da comunidade internacional.<sup>69</sup>

Estes sistemas complementam-se e sofrem mútuos influxos, seja através da difusão da proteção interna para o plano internacional e regional, seja através da adoção pelos ordenamentos jurídicos internos dos princípios e práticas da comunidade global, inclusive através da inserção na ordem jurídica nacional de tratados e convenções internacionais.

Na avaliação desta relação entre a ordem interna e internacional, desenvolveram diversas posições na atualidade, enfeixadas por Koerner nas seguintes perspectivas: o Globalismo, no sentido da predominância da ordem política global, cujo sistema se apresentaria como mandatório sobre os Estados e as normatividades sociais, a admitir um governo ou governança global, e o Estatalismo, a apregoar a predominância da ordem política

<sup>67</sup> Conferir VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002. p. 103-105; Conferir, também, ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Globalização, direitos humanos, desenvolvimento. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 126.

<sup>68</sup> Trindade bem observa que a evolução histórica dos direitos humanos demonstra que os avanços têm sido devidos em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todo tipo de dominação, exclusão e repressão. Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 44-45. v. 1.

<sup>69</sup> Nogueira destaca como uma das características peculiares dos sistemas normativos dos direitos fundamentais o gozo de tutela que transcende a ordem interna ou nacional e, em decorrência, sua entrada nas múltiplas esferas de jurisdição. Conferir NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro/São Paulo: 2003. p. 256.

estatal, com sistemas de normas mandatórias, em relação à ordem política internacional como as sociais e comunitárias. Os Estados seriam os atores determinantes na ordem política global e, para ter efetividade, o direito internacional necessitaria ser incorporado à legislação nacional. O Estado Democrático e Social de Direito apresentar-se-ia como a estrutura mais adequada para responder aos desequilíbrios políticos e econômicos, à democracia e ao mercado, sendo o agente político mais próximo aos indivíduos.<sup>70</sup>

Koerner identifica, ainda, as posições do Contextualismo, a pugnar, também, pela predominância da ordem política estatal, mas com dever de reconhecer e combinar as diferentes normatividades produzidas pelos grupos sociais, criticando o direito como ordem mandatória e concebendo o Direito Internacional como uma moral universal a ser contextualizada pelas sociedades, e do Translocalismo, a defender a prevalência da ordem internacional, não como ordem mandatória, mas como um processo de diálogo intercultural, mediante o respeito às diferenças e a busca de um consenso, a consagrar, portanto, teses democráticas e participativas. Os translocalistas aceitam o relativismo cultural e vêem o Direito Internacional dos direitos humanos com papel de espaço potencial de crítica à globalização desigual e excludente.<sup>71</sup>

A respeito dessas diversas proposições, entende-se ser o Estado Democrático de Direito a instância hoje ainda mais adequada à promoção dos direitos sociais, em face de sua proximidade com a comunidade, o que é mais viável ao exercício da democracia participativa, mesmo porque o sistema de controle internacional ainda é muito frágil neste campo, sendo mais calcado na pressão da opinião pública internacional e na atuação da sociedade civil, principalmente através de organizações não governamentais.

Além disso, embora se possa caminhar para a formação de instâncias políticas supranacionais, esta não é a realidade hoje existente para a comunidade planetária. O cenário internacional demonstra que os países mais poderosos possuem maior influência na tomada de decisões neste nível.

Não se pode olvidar, contudo, consoante já se frisou no item 1.3, ser o Estado apontado como o maior agente de violação dos direitos sociais, em face de sua omissão no tocante à efetivação dos mencionados direitos, o que demanda uma estrutura democrática mais participativa, maior atuação da sociedade civil, necessidade de conscientização dos cidadãos, através da educação, maior pressão da opinião pública no sentido da transparência e discussão

---

<sup>70</sup> KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.18, n.53, p. 143-157, out. 2003.

<sup>71</sup> Idem, ibidem.

das políticas públicas sociais, reforço dos meios de controle do Poder Público, inclusive nas instâncias judiciais, e interação com a ordem jurídica internacional.

Diante da complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, não se pode deixar de reconhecer, também, a existência do pluralismo jurídico,<sup>72</sup> com o estabelecimento de normas sociais e comunitárias, além das exclusivamente estatais, diante da impossibilidade de regulação da intrincada realidade, diretamente influenciada por fatores exteriores ao âmbito do Estado. Tais normas também resultam das dificuldades enfrentadas no processo decisório político estatal.

Entende-se, outrossim, apresentar-se o diálogo intercultural como essencial para se alcançar consensos e progressos, sendo imprescindível a ação dos diferentes atores da instância internacional na luta pelo avanço no tratamento dos direitos sociais em relação à comunidade global. Ressalta ser necessário, no entanto, embora respeitadas as diferenças entre as culturas, não deixar de ignorar a existência de parâmetros comuns mínimos da consciência universal, de modo a rechaçar violações evidentes aos direitos humanos por governos autoritários.

Nesta constante interação entre as ordens internacional, regional e local, a abranger inevitáveis atritos e convergências, defende-se a concepção pluralista das diversas instâncias, devendo prevalecer sempre o raciocínio que melhor ampare e contribua para a efetivação dos direitos fundamentais.

Denote-se que, em reação ao processo de internacionalização dos direitos humanos, com o amadurecimento da idéia da responsabilidade estatal por violações dos direitos humanos, tentaram os Estados invocar o escudo da soberania absoluta, para fim de escusarem-se das reparações de prejuízos decorrentes das violações.<sup>73</sup>

Constitui, todavia, princípio do Direito Internacional a vedação de que a parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado, princípio este estabelecido nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986, art.27).

Apresenta-se, portanto, patente que o Estado não pode recusar a aplicação interna de disposições de instrumentos internacionais protetivos de direitos humanos aderidos, sem estar sujeito a ser responsabilizado internacionalmente. Mesmo porque, em vários destes tratados,

---

<sup>72</sup> Para abordagem mais aprofundada do pluralismo jurídico, conferir a obra de WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001. 403 p.

<sup>73</sup> Conferir STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

como , por exemplo, na Convenção Americana (art. 2<sup>o</sup> ), há dispositivo prevendo a obrigação de o Estado adequar o seu direito interno aos preceitos estabelecidos no tratado, de sorte que o Estado inevitavelmente incorre em caso de responsabilidade internacional se não o fizer.

É de se notar que, na maioria das vezes, os próprios tratados de Direitos Humanos já prevêem mecanismos de compatibilização entre as jurisdições internacional e nacional, buscando evitar estes conflitos, consoante salienta Antônio Cançado Trindade, como o prévio esgotamento dos recursos de direito interno, as cláusulas de derrogações e de reservas e execução das sentenças internacionais no direito interno.<sup>74</sup>

Aliás, muitas constituições sobrevindas a partir do Século XX, com a expansão do direito internacional, têm adotado dispositivos prevendo a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno.

É assente na doutrina e na jurisprudência internacional haver uma verdadeira interação entre o direito internacional e o direito interno, predominando a orientação, no campo dos direitos humanos, no sentido de que, na solução do caso concreto, deva prevalecer a norma que melhor proteja as vítimas de violações dos direitos humanos, independentemente de sua natureza internacional ou interna. A regra também é utilizada para regular a aplicação das diferentes normas protetivas dos direitos humanos, de natureza universal e regional, permitindo a coexistência dos dois sistemas mediante a adoção do valor da primazia da pessoa humana.<sup>75</sup>

De fato, tal regra é o melhor tratamento dado à matéria, ao erigir a salvaguarda aos direitos humanos como norteadora da aplicação do direito, independentemente de questões formais referentes à superioridade ou não de um ordenamento jurídico em relação a outro.

Para traçar um quadro de proteção dos direitos sociais no Brasil, considerando este sistema multinível, traz-se uma visão do sistema de proteção universal, do sistema interamericano e da Constituição Brasileira.

<sup>74</sup> Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nádia de (Orgs.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 9. Trindade destaca, ainda, que a regra de esgotamento de recursos internos evidencia a função dos órgãos e recursos internos dos Estados como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de Direito Internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 18.

<sup>75</sup> Conferir PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25. Conferir, também, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 47. v. I.

#### 1.4.1 Instrumentos universais de proteção e os direitos sociais

O principal instrumento do processo de reconhecimento internacional dos direitos humanos, consoante visto no item 1.2.3, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, aprovada através da Resolução 217 (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 1948, que consagra princípios estreitamente correlacionados com os direitos sociais, como os princípios da dignidade humana, da igualdade e do mínimo existencial e os direitos à liberdade, à fraternidade, de participação do cidadão nos negócios públicos e os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito ao trabalho, à segurança social e à educação.<sup>76</sup>

O preâmbulo da Declaração erige o Estado de Direito como essencial à proteção dos direitos dos cidadãos, em especial, no que concerne à tirania e à opressão, bem como consagra os valores da dignidade humana, da igualdade entre homens e mulheres, do progresso social e fomenta a promoção de melhores condições de vida.<sup>77</sup>

Cumprir destacar estar previsto no art.25 da Declaração o direito de toda pessoa a um nível de vida suficiente para garantir a si e a sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, assistência e previdência social, isto é, aquele patamar essencial de gozo dos direitos sociais, o que hoje comumente é denominado pela doutrina como mínimo existencial. A Declaração, portanto, traçou um conjunto de direitos sociais que serviu de inspiração para grande parte das constituições que lhe sobrevieram no mundo ocidental.

O instrumento veiculador da Declaração foi uma Resolução, reflexo da resistência das diferentes Nações na aceitação de suas premissas e de seu caráter cogente, bem como das dificuldades de aglutinar consensos em relação a comunidades com acentuadas diferenças econômicas, políticas, históricas, culturais e sociais. Esta natureza do instrumento ensejou várias discussões sobre a sua juridicidade, bem como gerou a necessidade de elaboração de documentos destinados a consolidar o rol de direitos, cuja natureza coobrigasse os países a ele aderentes.

Não obstante, hoje, esta juridicidade é aceita, mesmo em relação a Estados não membros da Organização das Nações Unidas,<sup>78</sup> sendo as premissas da Declaração

---

<sup>76</sup> Conferir texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: EIRAS, Henrique (Org.). **Direitos do homem**. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. p. 29.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Conferir MIRANDA, Jorge. **Direito internacional público I**. Lisboa: Pedro Ferreira, 1995. p. 314.



consideradas como costume e princípios de Direito Internacional.<sup>79</sup> É de se ver que a juridicidade da Declaração Universal afirmou-se por congregar valores da consciência jurídica universal, que foram utilizados inclusive para nortear a consagração dos direitos humanos nas Constituições posteriormente adotadas pelos Estados componentes da sociedade mundial.

Considerando a formação de dois grandes blocos antagônicos após a Segunda Guerra Mundial, capitaneados de um lado pela União Soviética e de outro pelos Estados Unidos, a normatização dos direitos sociais sofreu maiores dificuldades, tendo havido enorme divergência no que concerne à inserção ou não dos direitos econômicos e sociais no mesmo documento em que viessem a ser consagrados os direitos civis e políticos, bem como sobre os efeitos jurídicos resultantes da pactuação.<sup>80</sup>

Diante deste dissenso ideológico, decidiu-se pela efetuação de instrumentos separados, que resultaram na elaboração do Pacto de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pelas Resoluções 2.200A e 2.200, respectivamente, em 1966, com entrada em vigor em 1976.<sup>81</sup> A adesão pelo Brasil aos dois pactos ocorreu através dos Decretos 591 e 592, de 06.07.1992.

No que concerne ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cabe destacar prever o direito à autodeterminação dos povos (art.1º), o direito à igualdade, no campo dos direitos sociais, econômicos e culturais (art.3º), o direito ao trabalho (art.6º), em condições justas e favoráveis (art.7º), o direito de sindicalização (art. 8º ), o direito à greve (art. 8º), o direito à segurança social (art.9º), à proteção à família (art.10), à assistência às crianças e aos adolescentes (art.10), o direito ao mínimo existencial (art.11), o direito à saúde (art.12), o direito à educação (art.13), o direito à participação na vida cultural e a gozar dos benefícios do progresso científico (art.15).

Ao contrário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, impondo a obrigatoriedade imediata de respeito aos direitos nele previstos aos países signatários, o Pacto dos Direitos

<sup>79</sup> Conferir MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo (Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 220.

<sup>80</sup> Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, apud STEYNER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

<sup>81</sup> Lafer observa que, enquanto houve a prevalência no mundo de um sistema de bipolaridade, a política dos Direitos Humanos foi caracterizada no plano internacional pela seletividade: os Estados Unidos insistiram nos direitos civis e políticos; a União Soviética, nos direitos econômicos, sociais e culturais e na confrontação Norte-Sul; e os países do terceiro mundo em direitos de titularidade coletiva, como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao patrimônio comum da Humanidade. Conferir LAFER, Celso. **Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais**. Disponível em: <[http://150.162.138.14/arquivos/globalizacao\\_economica.htm](http://150.162.138.14/arquivos/globalizacao_economica.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2005.

Sociais apenas prevê o princípio do desenvolvimento progressivo, isto é, os Estados signatários se obrigam a assegurar progressivamente a implantação de tais direitos. Este tratamento diferenciado entre os mencionados direitos hoje é objeto de crítica por grande parte da comunidade jurídica, que prega a indivisibilidade e interdependência entre os direitos individuais e políticos, idéia esta reconhecida paulatinamente pelos documentos internacionais.<sup>82</sup>

Quanto ao sistema de controle da observância aos direitos sociais, o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais somente estabeleceu a apresentação de relatórios periódicos sobre as ações adotadas e os progressos obtidos para a garantia daqueles direitos. Denote-se que o sistema de controle criado é essencialmente político, baseado na pressão internacional. O sistema não prevê, sequer, a apresentação de reclamações pelas vítimas de violação dos direitos regulados pelo Pacto. Tais circunstâncias em muito enfraquecem o sistema, não obstante se tenha em mente a dificuldade de tentar impulsionar a implementação de tais direitos e de criar um órgão jurisdicional em âmbito global.

É de notar, por seu turno, que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a adotar a prática de expedir documentos definindo de forma mais detalhada a obrigação dos Estados em relação ao Pacto, bem como os conteúdos daqueles direitos, considerados como interpretação autêntica do mencionado instrumento. Por seu turno, também passou a aceitar informes de organizações não-governamentais sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados-partes.<sup>83</sup>

Esta interpretação efetuada pelo Comitê, a depender das disposições relativas à incorporação e aplicação direta dos tratados no direito interno, deve servir de referência para interpretação pelos tribunais nacionais, sob pena de, em caso de descumprimento do tratado de acordo com o alcance dado pelos órgãos internacionais competentes, poder gerar a responsabilidade internacional do Estado e a própria violação da Constituição.<sup>84</sup>

Além desta influência da interpretação do Pacto pelos órgãos internacionais competentes na interpretação pelos tribunais locais, vislumbra-se uma via de controle um pouco mais aberta dos direitos sociais do que o sistema para eles previsto, pela correlação que muitos apresentam com diversos direitos sujeitos ao sistema previsto para o controle do Pacto

---

<sup>82</sup> Sobre o assunto, ver TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 446-447, 451. v. II.

<sup>83</sup> Conferir COURTIS, Cristian e ABRAMOVITCH, Victor. Fuentes de Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 80-81.

<sup>84</sup> Idem, ibidem.

dos Direitos Civis e Políticos, que abrange a apresentação de comunicações de violações pelas vítimas. Isto é, em face da característica multifacetária de que se revestem muitas vezes os direitos, um direito social pode ser invocado como direito individual, permitindo a utilização do sistema desse último.

De qualquer forma, uma das principais críticas efetuadas em relação ao mecanismo dos dois Pactos diz respeito à ausência de um órgão jurisdicional de controle, de atuação independente e imparcial, o que influencia consideravelmente a efetividade do sistema, calcado de forma geral na pressão internacional, porquanto é impossível ao lesado obter uma reparação com base em um informe ou recomendação destituídos de executoriedade.

Não se pode olvidar, no entanto, que os procedimentos que resultam em um constrangimento e pressão nos Estados violadores dos direitos humanos têm contribuído significativamente para a luta de implementação dos direitos, mormente quando se sabe da intensa progressão da interdependência planetária.

#### 1.4.2 Instrumentos do sistema interamericano e os direitos sociais

No que se reporta ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o texto pioneiro é a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, adotada pela Conferência Internacional Americana ocorrida em Bogotá, em abril de 1948, ocasião em que foi aprovada a criação da OEA (Organização dos Estados Americanos).

A Declaração Americana consagrou o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à privacidade, à saúde, à educação, à participação na vida cultural, ao trabalho em condições dignas, à previdência social, à nacionalidade, dentre outros, além de várias garantias processuais civis e penais, como o direito ao devido processo legal, à proibição da prisão por dívidas, e à presunção de inocência. Previu, ainda, a limitação dos direitos do homem pelas exigências do bem-estar geral e pelo desenvolvimento democrático.

Em 1959 foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela OEA, cujos Estatutos remetiam o conceito de Direitos Humanos ao corpo da Declaração. A Comissão tornou-se o principal órgão da OEA, através da Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, em 1967.

Como principal instrumento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, cabe destacar a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, aprovada em

1969, em São José da Costa Rica. A Convenção proclamou, dentre outros, os direitos de liberdade, igualdade, legalidade, de dignidade da pessoa humana e os direitos de proteção à criança, havendo entrado em vigor em 1978, após o depósito da ratificação do décimo primeiro Estado Americano. O Brasil efetuou sua adesão em setembro de 1992.<sup>85</sup>

No que toca aos direitos sociais, todavia, a Convenção de que se trata apenas previu o direito ao seu desenvolvimento progressivo. Não obstante, também em função da propriedade multifacetária dos direitos fundamentais, alguns direitos sociais vieram a ser indiretamente submetidos à análise da Corte, a pretexto da análise de violações de direitos considerados como individuais.

Sob a ótica da interação entre o ordenamento jurídico interno e o regional, cabe apontar a relevância do Art.2º da Convenção Americana, ao prever a obrigação dos Estados-Partes de legislarem ou adotarem as normas que forem necessárias para tornar efetivos os direitos nela previstos, obedecida a legislação interna dos países, quando da falta de dispositivos legislativos assecuratórios destes direitos.

O controle e monitoramento dos direitos previstos na Convenção foram por ela atribuídos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana tem competência para conhecer denúncias de violação de direitos humanos do sistema interamericano, tanto pela Convenção como pela Declaração Americana de Direitos Humanos, como também é parte provocante perante a Corte Interamericana, inclusive para elaboração de consultas à Corte sobre a aplicação da Convenção Interamericana.

A Corte Interamericana foi dotada de competência consultiva e judicial, esta última condicionada ao depósito da carta de aceitação da jurisdição obrigatória por cada um dos Estados-Partes da Convenção. O Brasil reconheceu a competência da Corte em dezembro de 1998, através do Decreto Legislativo 89.

Por seu turno, a Corte só admite denúncias de Estados, ou encaminhadas pela Comissão (art.61.1), mas já se encontra prevista a capacidade jurídico-processual dos indivíduos em todas as etapas do procedimento contencioso na Corte.<sup>86</sup> Em relação às opiniões consultivas,

---

<sup>85</sup> Conferir informação disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>>. Acesso em: 10 jul. 2005.

<sup>86</sup> Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. ANNONI, Danielle. **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 18.

também é possível a participação dos indivíduos, perante a Corte, como pessoas físicas ou representantes de organizações não-governamentais.

O aperfeiçoamento do sistema, no âmbito contencioso, para admitir possa o indivíduo levar diretamente à Corte sua demanda contra o Estado-Parte, sem intermédio da Comissão, é propugnado por Trindade,<sup>87</sup> o que nos parece medida consentânea com a democratização do sistema de proteção através da ampliação de seu acesso, que pode resultar, inclusive, em simplificação e economia para o julgamento, bem como alinha-se com o modelo mais avançado de proteção já existente no sistema regional europeu.

Com o intuito de preencher a lacuna que existia no sistema interamericano no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, o Protocolo Adicional à Convenção Americana, conhecido como “Protocolo de San Salvador”, veio a dispor sobre a matéria, estabelecendo a obrigação dos Estados na adoção de medidas, de ordem interna e por cooperação internacional, a fim de atender, progressivamente e no máximo dos recursos disponíveis, mas levando em conta o seu grau de desenvolvimento, a efetividade dos direitos nele consagrados.

O Protocolo de San Salvador integrou no sistema interamericano o direito ao trabalho, os direitos sindicais, o direito à seguridade social, o direito à saúde, o direito ao meio-ambiente sadio, o direito à alimentação, o direito à educação, o direito aos benefícios da cultura, os direitos das crianças, a proteção à família, ao idoso, deficientes e inválidos. O mencionado Protocolo também veio a inserir a violação ao direito à educação e de associação e liberdade sindical ao sistema de comunicações individuais e reforçar os deveres jurídicos dos Estados-Partes no tocante aos direitos sociais, proibindo recuos e retrocessos, abrindo mais uma via para a concretização de tais direitos.

Para o sistema de controle de violações aos direitos neles consagrados, o Protocolo de San Salvador ainda previu um sistema de relatórios, mas não ligado à Comissão, bem como a possibilidade de a Comissão emitir observações e recomendações sobre as situações dos direitos nos Estados-Partes. O Brasil efetuou a adesão ao Protocolo em 1996.<sup>88</sup>

Diante do quadro do sistema interamericano, no que se reporta à proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, afigura-se indispensável à criação de meios mais efetivos de controle. Tal dificuldade, contudo, afigura-se em todos os sistemas internacionais, pois o dissenso ideológico mundial acarretou uma maior resistência à implementação de tais direitos.

---

<sup>87</sup> Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. ANNONI, Danielle. **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 29.

<sup>88</sup> Conferir texto do Protocolo de San Salvador e relação de países signatários Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm>>. Acesso em: 1º jul. 2005.

### 1.5 Os direitos sociais na Constituição brasileira de 1988

Em reflexo de todo o processo de luta ideológica dos diferentes grupos e setores da sociedade brasileira que contribuíram para a elaboração do seu texto, a Constituição Brasileira promulgada em 1988 também é um grande caldeirão de idéias e valores, a açambarcar princípios liberais e sociais, dissensos e consensos, enfim, detém um caráter plural como a lei fundamental de uma comunidade deve ser.

O conjunto formado é que vai nortear a vida em sociedade. Ao mesmo tempo que consagra normas já estabelecidas pela comunidade, a Constituição Brasileira congrega um plano, busca a concretização de um modelo econômico, político, cultural e social, por realizar. Inspirou-se nas constituições européias que consagram o Estado Democrático e Social de Direito, e, em especial, na Constituição Portuguesa de 1976. Sua base é eminentemente principiológica e possui este caráter democrático, de promoção de um ideal a ser perseguido em prol do bem comum.

Muitos apontam para a importância do preâmbulo das Constituições, chegando a afirmar fazer este parte do próprio texto constitucional, não sendo de ignorar, para o estudo dos direitos sociais, o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, que faz referência à instituição de Estado Democrático, voltado ao exercício dos direitos sociais e individuais, como também à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como os mais altos valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Invoca, outrossim, o compromisso desta sociedade com a ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Deste preâmbulo já se verifica a preocupação, que percorre todo o texto constitucional, em conferir um tratamento equivalente aos direitos sociais e individuais, bem como o caráter de busca de promoção de tais direitos, como também de outros valores tão importantes como a liberdade e a igualdade. A fraternidade e o pluralismo também são destacados e o respeito e a vinculação com a ordem internacional demonstram o processo de democratização do ordenamento jurídico nacional para adequar-se à realidade contemporânea de interpenetração da ordem internacional, cosmopolita, regional e local, ao abrir-se aos valores éticos da consciência universal.

Este caráter democrático e social é reforçado na Constituição de 1988 com a eleição, como princípios fundamentais da República Brasileira, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, para

reafirmar a soberania popular, ao proclamar que todo o poder emana do povo, através de seus representantes (art.1º e parágrafo primeiro da CF).

A complementar esta base que norteia a compreensão de todos os seus comandos, estabelece como objetivos fundamentais da República Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem discriminações (art.3º e incisos da CF).

Afigura-se interessante notar, para a temática dos direitos sociais, haverem sido indicados como regentes das relações internacionais da República Brasileira o princípio da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art.4º, incisos II e IX), não sem registrar a intenção de integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina (art.3º, parágrafo único).

No Título II da Constituição Brasileira vigente, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” encontram-se insertos tanto os direitos individuais, dispostos no seu Capítulo I, como os direitos sociais, no seu Capítulo II, o que evidencia o tratamento igualitário conferido pela ordem constitucional brasileira.<sup>89</sup>

O art.6º da Constituição Brasileira relaciona como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. A título ilustrativo, convém salientar que os Art.7º e 8º da mencionada Constituição elencam diversos direitos sociais em sentido amplo, a abranger liberdades sociais e direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre os quais se deve destacar o direito a um salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

O art.5º da Constituição Brasileira, em seu parágrafo 1º, estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Sobre tal disposição, debate-se a doutrina a respeito dos seus efeitos no que concerne aos direitos de baixa densidade normativa. Como muitos direitos sociais são dispostos de forma abstrata, como metas e objetivos a serem alcançados, este dispositivo legal demanda especial atenção no que se relaciona com os mencionados direitos.

---

<sup>89</sup> Há constituição, como a portuguesa de 1976, em que muitos direitos sociais não se encontram integrados entre os direitos e garantias fundamentais, ao contrário dos individuais, o que autoriza o desenvolvimento de todo um raciocínio que enseja um tratamento diferente entre os mesmos em diversos aspectos.

Sobre a problemática, Sarlet entende que, no caso de qualquer direito fundamental que dependa de intermediação do legislador para produzir efeitos, esta aplicabilidade imediata tem que ceder, para ser entendida como norma principiológica, um mandado de otimização, no sentido de se extrair a maior eficácia possível dos direitos fundamentais, devendo seu alcance ser aferido do exame da hipótese em concreto, o que geraria um princípio de presunção de aplicabilidade das normas de direito fundamentais, com a conseqüente obrigação do julgador de justificar eventual recusa de sua aplicação<sup>90</sup>

Por seu turno, sobre o preceito relativo à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, Grau entende destinar-se a todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles não relacionados no Art.5º, o que implica o dever de cumprimento por parte de todos, particulares e Estado, independentemente da edição de ato legislativo ou administrativo.<sup>91</sup>

Outrossim, Grau extrai de tal preceito o dever de tais direitos serem aplicados imediatamente, bem como alcançar a todos os Poderes, o que autoriza o Poder Judiciário a suprir qualquer lacuna com vistas à aplicação desses direitos, em cada decisão que a respeito tomar, integrando o sistema jurídico. A questão da eficácia social ou efetividade material da norma, isto é, a obediência e aplicação por parte da sociedade, inclusive do comando judicial, não obstante apresentar-se como problema atormentador, desbordaria da efetividade jurídica ou formal conferida pelo Poder Judiciário.<sup>92</sup>

A posição de Piovesan, no sentido de que o dispositivo discutido confere eficácia máxima e imediata aos preceitos definidores dos direitos e garantias fundamentais e é

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 245-246. Em concordância com tal posição, conferir BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral de direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 134-135.

<sup>91</sup> Conferir GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279, 287, 290.

<sup>92</sup> Idem, ibidem, p. 279-295. Na mesma linha de Grau, a posição de Cunha Júnior é no sentido da aplicabilidade imediata, independentemente da natureza e função dos direitos fundamentais em questão e de qualquer concretização legislativa e sem necessidade de utilização específica do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, mesmo quando a norma constitucional remeter ao legislador a tarefa de regulamentá-la. Conferir CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 271. Gebran Neto acompanha esta interpretação, contudo, restringindo o alcance da norma aos direitos e garantias individuais e coletivos do art. 5º da Constituição Brasileira, seja pela posição topográfica do inciso 1º, seja porque uma interpretação extensiva representaria a negação de sua validade. Gebran Neto destaca que o preceito confere uma força de eficácia especial, diversa da máxima efetividade de todas as outras normas constitucionais, razão pela qual a restrição de seu alcance permite extrair o máximo de sua eficácia. Conclui amparar seu raciocínio em uma interpretação literal, histórica, genética (extraída do Direito Comparado) e sistêmica do preceito. Conferir GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



vinculante para todos os Poderes, abrangendo a possibilidade do órgão jurisdicional densificar tais preceitos de forma imediata, no caso de ausência de leis concretizadoras, parece ser a mais razoável. Piovesan critica, também, no que concerne a tal norma, qualquer distinção de tratamento entre direitos sociais e individuais, por razões meramente topográficas.<sup>93</sup>

Esta admissibilidade de concretização através da interpretação, com a extração da maior eficácia possível ao direito fundamental, para outorgar a solução que melhor se adequar ao caso em concreto, encontra-se mais voltada à realidade social, procurando fazer o anteparo com a sua efetiva exequibilidade. No caso da posição de Grau, esta obediência pela sociedade ao direito produzido torna-se outro problema sem solução aparente.

Ademais, esta interpenetração do Direito com elementos sociológicos, econômicos e técnicos, voltados à interação com o mundo real, cada vez mais se afigura essencial à sua adequação à complexidade social ora existente.

Outrossim, a posição de Piovesan mais se apresenta coerente com o sentido do dispositivo legal, tendo em vista este não poder ser generalizado ou banalizado, mas representar uma especial recomendação à aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Como os direitos sociais inserem-se entre estes direitos e como o rol não se exaure no art.5º da Constituição Brasileira, não é possível restringir o alcance do dispositivo tão somente aos direitos e garantias elencados no dito artigo. Aliás, este tratamento igualitário para os direitos sociais, por ausência de qualquer ressalva, também deve orientar a interpretação dos §2º e 3º do mencionado dispositivo legal.

O art. 5º, § 2º estabelece a textura aberta em relação aos direitos fundamentais, ao dispor que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, como também dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>94</sup>

Cumprе salientar haver a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduzido o § 3º no Art.5º da Constituição Brasileira, para estabelecer a natureza de emenda constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados no Congresso Nacional, em dois turnos e por quorum qualificado de três quintos dos votos dos respectivos membros.

---

p. 157-164. No mesmo sentido de Gebran Neto, conferir MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo, Max Limonad, 2001. p. 69-70.

<sup>93</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105-106.

<sup>94</sup> A entender que tal dispositivo autoriza a aplicação direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 624. v. III.

A respeito da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, convém salientar que a doutrina já reivindicava tal natureza, tão só com base no §2º do art.5º da Constituição Brasileira,<sup>95</sup> não obstante o Supremo Tribunal Federal houvesse pacificado entendimento no sentido de todos os tratados e convenções possuírem força de lei ordinária, estando portanto, sujeitos a revogação por lei posterior.<sup>96</sup>

A introdução da nova sistemática constitucional representa um avanço na matéria, para permitir a mudança da construção jurisprudencial consolidada em sentido diferente. Contudo, abre várias possibilidades interpretativas no tocante aos tratados de direitos humanos já firmados anteriormente. A meu ver, a melhor interpretação que se faz é no sentido de que a exigência das condições previstas no texto constitucional deverá ser feita a partir da modificação introduzida, razão pela qual os tratados de direitos humanos incorporados anteriormente, não necessitam do preenchimento de tais requisitos para o reconhecimento de sua natureza constitucional, mormente em face do dispositivo do §2º do art.5º.<sup>97</sup>

No campo das garantias dos direitos sociais, convém assinalar o princípio da universalidade da jurisdição (art.5º, inciso XXXV), cabendo especial destaque para os seguintes remédios constitucionais: o mandado de segurança individual e coletivo (art.5º, incisos LXIX e LXX); o mandado de injunção (art.5º, incisos LXXI); a ação direta de inconstitucionalidade de lei e a ação declaratória de constitucionalidade (art.102, inciso I, “a”); e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.102, §1º) e a ação civil pública (art.129, III).

A contribuir para o quadro dos direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988, é de se atentar para os preceitos relativos à ordem econômica, estabelecidos no art.170 e seguintes da mencionada Constituição. A revelar o caráter pluralista que informou o processo de elaboração do texto constitucional, são consagrados como princípios de regência da ordem

---

<sup>95</sup> Conferir TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 146-147. v. II.

<sup>96</sup> A título ilustrativo, cite-se o julgamento da ADI MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 18/05/2001, p. 429, pelo Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, em que foi argüida a inconstitucionalidade da Convenção N. 158/OIT, tendo a Corte decidido pela impossibilidade de tratado ou convenção internacional atuar como lei complementar exigida pela Constituição, como também pela subordinação dos tratados internacionais à Constituição e sua paridade normativa com as regras internacionais de direito interno, inclusive com possibilidade de derrogação com base no critério cronológico ou pelo critério da especialidade, deferindo-se parcialmente a medida cautelar pleiteada.

<sup>97</sup> Sobre o assunto, Lafer entende que os tratados de direitos humanos anteriormente incorporados ao Direito Interno possuem hierarquia constitucional e foram formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º da Constituição, e, sendo normas materialmente constitucionais, encontram-se adicionados à Constituição escrita, por isso, não são meras leis ordinárias. Conferir LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 17-18.

econômica tanto valores liberais como sociais, mas a congregação de tão díspares valores é que indica o projeto econômico e social escolhido.

Deste modo, encontra-se estabelecido como fim da ordem econômica a viabilização de uma vida condigna a todos, de acordo com os preceitos de justiça social e, como seus fundamentos, o trabalho humano e a livre iniciativa (art.170, *caput*). O art.174 estabelece, ainda, ser o Estado agente normativo e regulador da atividade econômica, com fins de fiscalização, incentivo e planejamento, este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Estes preceitos evidenciam a opção pelo intervencionismo estatal na economia que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Para a temática dos direitos sociais, convém salientar, ainda, haverem sido consagrados dentre os princípios da ordem econômica a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art.170, incisos III, VII e VIII).

A respeito da ordem social, a Constituição Brasileira dispõe ter por primado o trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art.193). Passa, então, a dispor sobre os diversos aspectos da seguridade social, saúde, assistência social, educação e previdência social, a respeito dos quais cabe destacar: a universalidade da saúde pública (art.196), a instituição de assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social (art.203) e a gratuidade do ensino público (arts. 206, IV e 208, I ).

Ante todo o quadro exposto, a Constituição Brasileira vigente delineia-se como autêntica constituição dirigente, voltada à consecução dos fins do Estado relativos ao bem-comum da sociedade, através da intervenção nas relações sociais e econômicas, com vistas à diminuição das desigualdades e obtenção de um equilíbrio. Conduz, portanto, a um processo de transformação destinado ao alcance dos valores consignados no projeto plasmado no texto constitucional.

A instituição de princípios, consoante o modelo consagrado nas modernas constituições ocidentais, permite um maior campo axiológico para a valoração das normas constitucionais.

Como traço democrático do ordenamento constitucional de que se trata, a abertura às relações internacionais e às normas e controle da comunidade internacional merecem especial destaque, por demonstrar a interação com os outros países do planeta e o destemor em submeter a exame as ações governamentais para cotejo com os valores inerentes à consciência universal.

## 1.6 A crise dos direitos sociais na sociedade contemporânea

Os direitos sociais foram afirmados através de combates ideológicos e sociais, já que o processo histórico açambarca esta dialética entre diferentes pensamentos, forças sociais, valores culturais, circunstâncias políticas e econômicas, etc. Esta evolução não se faz de forma linear, mas abrange retrocessos, tomada de novos caminhos, assunção de outros objetivos, razão pela qual o estágio atual da humanidade no campo dos direitos sociais insere-se dentro deste processo de luta, em que, se no plano normativo chegou-se a um patamar significativo, está por melhor desenvolver-se a realização fática de tal plano.

A evolução histórica traçada evidenciou que o processo de afirmação dos direitos fundamentais encontra-se interligado à idéia de limitação do poder estatal e da existência de uma instância julgadora independente, em que se possa fazer valer os direitos consagrados.

Outrossim, a constitucionalização dos direitos sociais, ao lado dos direitos civis e políticos, lançou as bases do Estado Democrático e Social de Direito, modelo que melhor demonstrou apresentar perspectivas para a realização dos direitos sociais, mesmo porque a maior estabilidade democrática proporciona meios institucionais de composição de conflitos, contribuindo para a realização das transformações sociais sem rupturas políticas e jurídicas abruptas e traumáticas.

O lineamento histórico dos direitos sociais também demonstrou a influência recíproca entre as esferas de tutela internacional, regional e local no que corresponde ao paulatino processo de reconhecimento e efetivação dos mencionados direitos, para demonstrar que tal processo não pode ser analisado sem considerar a interdependência entre as mencionadas esferas, que possuem zonas de atrito e de interação.

O quadro normativo dos direitos sociais no sistema constitucional brasileiro evidencia o modelo político, econômico e social traçado, próprio das democracias sociais, como resultado do jogo de forças dos diversos grupos da sociedade que se travou na elaboração da Constituição vigente, em que ficam evidenciadas as aspirações das classes menos favorecidas a melhores condições de vida e o simbólico compromisso firmado constitucionalmente para atendimento destas expectativas e a redução das desigualdades.

A par de toda evolução ocorrida no tratamento dos direitos sociais, com a formação de um sistema multinível de proteção, com a mudança do perfil do Estado moderno e contemporâneo, o mundo vive hoje uma grande crise na sua efetividade, ainda não tendo sido

possível introjetar de forma efetiva na realidade fática o panorama normativo estabelecido em prol dos direitos sociais.

A humanidade caminha para uma maior escassez de recursos, sendo que o cenário traçado nas últimas décadas, com práticas econômicas disseminadas mundialmente que induzem a concentração de renda de forma mais arraigada, ainda, nas mãos de poucos, a despeito das conseqüências sociais produzidas, contribui para tornar sinistro o quadro formado.

Os direitos sociais mais básicos não estão sendo proporcionados à maior parte da população do planeta. Os dados são impressionantes, pois calcula-se existirem hoje mais de 800 milhões de pessoas sofrendo de subnutrição; mais de cem milhões de crianças sem acesso à educação; mais de mil milhões de pessoas sobrevivendo com menos de 1 dólar por dia; mais de mil e cem milhões de pessoas destituídas de água potável e mais de dois mil e setecentos milhões de pessoas privadas de saneamento básico adequado.<sup>98</sup> Na última década, houve reversões no patamar de condições de vida. Em 46 países as pessoas são mais pobres e em 25 países mais pessoas passaram a ficar com fome atualmente do que em 1990.<sup>99</sup>

As diferenças regionais são gritantes, pois, se na Europa vivem quase dois milhões de pessoas com menos de 1 dólar por dia, na África vivem mais de vinte e nove milhões, na Ásia Oriental e Pacífico, mais de vinte e três milhões e na Ásia do Sul, mais de trinta e nove milhões.<sup>100</sup>

Sabe-se que a concretização dos direitos sociais depende de fatores econômicos. Contudo a questão não se resume ao suporte monetário, pois o Relatório de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas oferece exemplos de países como a Bolívia, que possui PIB *per capita* inferior ao da Guatemala, mas que atingiu melhores índices de desenvolvimento humano do que esta última, o que evidencia a importância de políticas públicas sociais eficazes.

No Brasil a questão é emblemática, pois enquanto ocupa a posição de 15ª economia mundial no relatório do Banco Mundial em 2004,<sup>101</sup> caiu para a 72ª posição no Relatório do

<sup>98</sup> Conferir dados constantes no Relatório de Desenvolvimento Humano 2004, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 129. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em: 1º jul. 2005.

<sup>99</sup> Idem, ibidem, p.132.

<sup>100</sup> Idem, ibidem, p.131.

<sup>101</sup> Consoante notícia divulgada amplamente no país, a título exemplificativo. Disponível em: <[http://64.233.187.104/search?q=cache:AqUPxGrSzfKJ:zaz.com.br/istoe/1866/economia/1866\\_a\\_14potencia.htm+Banco+Mundial+BRASIL+2004+posi%C3%A7%C3%A3o+14&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.187.104/search?q=cache:AqUPxGrSzfKJ:zaz.com.br/istoe/1866/economia/1866_a_14potencia.htm+Banco+Mundial+BRASIL+2004+posi%C3%A7%C3%A3o+14&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 20 jul. 2005.

Índice de Desenvolvimento Humano.<sup>102</sup> Além disso, a taxa de desemprego cresceu entre 1995 e 2003; um terço da população brasileira é pobre, ou seja, mais de cinquenta e três milhões de pessoas; a distribuição de renda entre a população é uma das piores do mundo, sendo que 1% dos brasileiros mais ricos se apropria de uma soma de rendas domiciliares semelhante à detida pelos 50% mais pobres.<sup>103</sup> O Brasil ocupa o penúltimo lugar em disparidade de renda, sendo superado apenas por Serra Leoa.<sup>104</sup>

Então, a dificuldade normalmente oposta aos direitos sociais, relativa à escassez de recursos financeiros e do nível de desenvolvimento econômico do país, deve ser vista de uma forma mais ampla. Consoante remissão já feita neste trabalho, todos os direitos têm custos, não podendo essa afirmativa ser utilizada tão somente em relação aos direitos sociais. Em verdade, esta preterição dos direitos sociais encobre uma questão subjacente, isto é, a decisão de alocação de recursos, ante a necessidade de se fazer escolhas inevitáveis e a eficiência dos programas estatais disponibilizados.<sup>105</sup>

Nesta perspectiva é de que questionar a posição conformista comumente adotada de aceitação da teoria da reserva do possível, isto é, de que a implementação dos direitos sociais se encontraria vinculada às possibilidades econômicas do Estado e submetida à vontade dos órgãos políticos como escudo para qualquer avanço nesta área.

Deve-se buscar avanços na garantias de tais direitos, bem como uma mudança de postura ideológica que favoreça à sua realização. A experiência histórica demonstra que a positivação dos direitos fundamentais, sem a criação de efetivos instrumentos judiciais que os façam valer perante a sociedade e o Estado, conduz ao seu esvaziamento. Por seu turno, a promoção destes direitos depende de instituições públicas e garantias institucionais sólidas, que permitam a sua realização.

De fato, a sociedade deve ter liberdade na escolha dos meios de realização dos programas estatais destinados aos objetivos econômicos e sociais traçados constitucionalmente, de acordo com as possibilidades financeiras do Estado, para melhor adequação ao seu contexto fático. Contudo, em virtude de tal circunstância, muitos atribuem

<sup>102</sup> Conferir dados constantes no Relatório de Desenvolvimento Humano 2004, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p.140. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em: 1º jul. 2005.

<sup>103</sup> Dados constantes no Radar Social. Relatório divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA, p. 32 e 50. Disponível em: <<http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang.pt>>. Acesso em: 04 jun. 2005.

<sup>104</sup> Conferir UNDP/UM. World Development Report: 2000/2001. New York: UNDP/UN, 2002 apud Radar Social, p. 61. Disponível em: <[http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 04 jun. 2005.

<sup>105</sup> Conferir item 1.1, referência número 6.

exclusivamente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, eleitos para representar a vontade popular, a condução de tal processo.

Ao Poder Judiciário imputa-se a carência de legitimidade democrática, mormente quando os direitos sociais encontram-se previstos de forma abstrata, como metas a serem alcançadas e sem conteúdo definido, já que a concretização demandaria ação legislativa e/ou administrativa voltada à sua realização, o que não lhe competiria.

A realidade demonstra, no entanto, não estarem sendo alcançados tais objetivos constitucionais de forma satisfatória, bem como existir diversas variáveis a influenciar desvirtuamentos neste processo decisório.

Poderá a realização deste projeto constitucional resultar imune ao controle judicial? O Poder Judiciário não detém, realmente, legitimidade democrática para integrar este processo de concretização dos direitos sociais? Se existente, qual o fundamento desta legitimidade? Até que ponto justificar-se-ia sua atuação, para que não ocorresse mera substituição do legislador e/ou administrador? Como equilibrar o risco de deslocamento das decisões sobre a política social para o Poder Judiciário? Em que medida o Poder Judiciário encontra-se tecnicamente hábil e preparado para tal atuação?

Estas e outras questões, relacionadas à temática da legitimidade do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas destinadas à implementação dos direitos sociais, diante da crise global e local dos direitos sociais, apresentam-se como cerne deste trabalho, em que, com o auxílio da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, procurar-se-á abrir novos caminhos para o tratamento da matéria.

## 2 A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS E O GARANTISMO COMO PROPOSTA TEÓRICA

### 2.1 A inserção das garantias sociais no debate democrático: a teoria garantista

Através da construção teórica dos direitos sociais, pode-se verificar a dinâmica estabelecida entre estes direitos e os direitos civis e políticos.

O alcance da liberdade pelos indivíduos pressupõe a fruição de condições de saúde, educação, trabalho, moradia, enfim, dignas condições de vida que os permitam atuar livremente e em um patamar de igualdade com os demais atores sociais. Desta forma, as prestações sociais possuem a importante função de permitir a inclusão dos indivíduos na esfera de participação pública, em especial política.

As precárias condições de vida da população possibilitam uma maior manipulação política, diante da necessidade imediata de satisfação de suas carências materiais e da ausência de conscientização quanto ao exercício da cidadania, abrindo margem para práticas assistencialistas e clientelistas.<sup>106</sup>

Por seu turno, a sistemática da representatividade exige elevadas quantias monetárias para o financiamento das campanhas públicas, a fim de convencer o eleitorado através da propaganda e auferir visibilidade.<sup>107</sup> Assim, poucos são aqueles que conseguem se eleger sem uma estrutura financeira significativa e, depois de eleitos, adotar uma postura independente e descompromissada com interesses econômicos e corporativos.

Neste círculo censurável, a vontade e as necessidades da maioria da população são muitas vezes ignoradas pelos seus representantes.

Ademais, a premência de se formar caixa para os financiamentos das campanhas eleitorais conduz à prática de corrupção pelas máquinas administrativas, o que consome e

---

<sup>106</sup> Sobre o assunto, Coelho afirma que a maior habilitação dos indivíduos para o exercício da cidadania depende do melhor nível de distribuição dos bens sociais, tornando mais complexas as possibilidades de manipulação política e potencializando a construção de práticas político-sociais de democracia. Conferir COELHO, Edihermes Marques. **Direitos Humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 118.

<sup>107</sup> Magalhães observa que atualmente “vende-se um representante como se vende um sabão em pó”, quem melhor souber “fabricar” um representante, possuir mais dinheiro para contratar uma empresa de “marketing” e conseguir mais tempo na mídia, conquista e permanece mais tempo no poder. Conferir MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A crise da democracia representativa: o paradoxo do fim da modernidade**. Disponível em: <[http://64.233.179.104/search?q=cache:i\\_iSJhg\\_SJcJ:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.179.104/search?q=cache:i_iSJhg_SJcJ:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 1º fev. 2004.



desvia os recursos públicos que deveriam ser aplicados em programas estatais direcionados ao bem-estar social.

Não se pode, portanto, conceber que a ausência de efetividade dos direitos sociais não esteja correlacionada com a democracia, nem que esta esteja resumida no sistema representativo.<sup>108</sup>

Em verdade, há uma clara interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais. Já se observou que em uma sociedade que não goze de liberdade de expressão e reunião e de direitos de participação política, dentre outros aspectos, a reivindicação social é extremamente difícil, se não impossível.<sup>109</sup> Por seu turno, para viabilizar os direitos à liberdade e a igualdade, os direitos sociais se fazem imprescindíveis.

A fim de demonstrar esta correlação, cabe ilustrar os resultados apresentados por pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento a respeito da democracia na América Latina, com a participação de 19 mil pessoas de 18 países latino-americanos. Estes resultados, que somente séculos de exclusão social podem explicar, revelam o apoio dos entrevistados a práticas governistas autoritárias merecem apoio dos entrevistados, desde que eficientes para resolução dos problemas econômicos. Eis o quadro:<sup>110</sup>

| Atitudes específicas relacionadas com a vigência e importância da democracia | Porcentagem da mostra total dos 18 países |
|--|---|
| Concordam que o presidente possa ir além das leis                            | 42,72                                     |
| Crêem que o desenvolvimento econômico seja mais importante que a democracia  | 56,3                                      |
| Apoariam um governo autoritário se resolvesse os problemas econômicos        | 54,7                                      |
| Não crêem que a democracia solucione os problemas do país                    | 43,9                                      |
| Crêem que possa haver democracia sem partidos                                | 40,0                                      |
| Crêem que possa haver democracia sem um Congresso Nacional                   | 38,2                                      |
| Concordam que o presidente ponha ordem pela força                            | 37,2                                      |
| Concordam que o presidente controle os meios de comunicação                  | 37,2                                      |
| Concordam que o presidente deixe de lado partidos e congresso                | 36,0                                      |
| Não crêem que a democracia seja indispensável para o desenvolvimento         | 25,1                                      |

<sup>108</sup> Magalhães afirma que a construção de uma sociedade democrática exige uma análise extremamente mais complexa da sociedade, das instituições, da cultura, da história e do momento histórico vivido, do que simplesmente a sua redução ao normal funcionamento de um parlamento, de eleições periódicas e da realização de consultas populares através de referendos e plebiscitos, ou pesquisas de opinião. Conferir MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A crise da democracia representativa**: o paradoxo do fim da modernidade. Disponível em: <[http://64.233.179.104/search?q=cache:i\\_iSJhg\\_SJcJ:www1.jus.com.br/doutri-na/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt.BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.179.104/search?q=cache:i_iSJhg_SJcJ:www1.jus.com.br/doutri-na/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt.BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 1º fev. 2004.

<sup>109</sup> Sen adverte sobre a capacidade dos direitos políticos e civis chamarem atenção eficaz para as necessidades gerais e exigirem a ação pública apropriada. Conferir SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 178.

<sup>110</sup> Tabela adaptada, inclusive considerando errata, e traduzida livremente dos dados disponíveis em: <<http://www.pnud.org.br/pdf/La%20democracia-08.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2004.

A despeito das abalizadas críticas que possa sofrer a sistemática da pesquisa, tendo em vista que as perguntas efetuadas são apontadas como tendenciosas, por induzir que uma situação ditatorial seria hábil para resolução dos problemas econômicos,<sup>111</sup> não é de se olvidar que a postura apresentada por significativa parte dos entrevistados não pode ser objeto de leitura senão mediante o quadro de profunda privação dos direitos sociais sofrida pelos povos latino-americanos, para os quais o crescimento econômico em tese é apresentado como solução, o que debilita a percepção da democracia, mitigando indevidamente a importância do exercício dos direitos políticos.

É de ver, portanto, haver uma tensão entre os diversos direitos fundamentais, que deve ser compatibilizada para produzir uma situação de equilíbrio. Assim também há uma necessária interação entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, em que uns abrem horizontes para os outros, em mútua relação de necessidade e cooperação.

A implementação dos direitos civis e políticos, com a eleição dos governantes e a instituição de partidos políticos representou um grande avanço para a Humanidade, em especial por intermediar a participação dos indivíduos na condução das decisões da comunidade. É de notar que tal conquista ainda não atingiu grande parte dos países do planeta, sendo considerada recente para muitos países da América Latina, mas encontra, certamente, uma maior estabilidade que a efetividade dos direitos sociais.

Os ordenamentos constitucionais, de maneira geral, densificaram os direitos civis e políticos e os dotaram de garantias mais concretas e palpáveis. O mesmo nível não foi alcançado pelos direitos sociais que, embora constitucionalizados e internacionalizados durante o século XX, permaneceram, em sua grande parte, indefinidos e destituídos de garantias efetivas.<sup>112</sup>

Esta circunstância não se constitui uma coincidência, mas sim reflete um estágio alcançado pela Humanidade. As lutas sociais ainda não foram suficientes para construir um arcabouço de garantias que ampliem os meios de efetivação dos direitos sociais. Ao contrário, a realidade econômica global intenta diminuir o que já foi conquistado.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Conferir REZENDE, Maria José. **Opinião pública e democracia na América Latina**. Disponível em: <<http://www.espaçoademico.com.br/038/38crezende.htm>>. Acesso em: 1º fev. 2004.

<sup>112</sup> Sarlet destaca que a crise atual, embora pareça mais profunda em relação aos direitos sociais, abrange todos os direitos fundamentais. Contudo, em relação a estes últimos, em particular, salienta nunca haverem sido objeto de reconhecimento consensual e sempre foram tratados de forma diferenciada, especialmente no que concerne à sua efetivação. Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 224.

<sup>113</sup> Antunes menciona que esta redução dos direitos sociais nos países dependentes do capital hegemônico, resultante da globalização econômica desativadora dos grandes investimento estatais, apresenta uma duplicidade de efeitos trágicos: solidifica a exclusão, a pobreza e a marginalização, quando não a incrementa,

Diante do colapso social, a comunidade, sufocada, procura meios de viabilizar seus direitos. Destarte, passa a provocar de forma mais intensa perante o Poder Judiciário esta possibilidade de efetivação dos direitos sociais e a procurar meios e métodos alternativos que lhes permitam participar das decisões sobre os negócios públicos. Entretanto, argumenta-se que o Poder Judiciário não detém legitimidade democrática para impulsionar a concretização de tais direitos, incumbência esta afeta ao legislador e administrador dentro de um campo discricionário. O debate passa, portanto, para o campo da teoria democrática.

Neste contexto, o desenvolvimento da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, originariamente no Direito Penal, mas depois amadurecida como Teoria do Direito, vem trazer importante auxílio para o tratamento da problemática da legitimidade democrática do Poder Judiciário, ao construir uma teoria política que analisa a estrutura democrática do Estado a partir do paradigma de atendimento dos direitos fundamentais, seja para sua observância, seja para sua realização. Insere, portanto, a concretização dos direitos sociais no debate democrático.

A teoria garantista apresenta novas perspectivas para a compreensão da democracia não só como governo da maioria, mas também como sistema voltado à satisfação dos direitos fundamentais, em uma perspectiva substancial.

Em especial, no que concerne aos direitos sociais, o garantismo jurídico abre amplas possibilidades ao sedimentar a obrigação do Estado no sentido de sua concretização e a permitir a atuação complementar dos Poderes em prol de tal objetivo.

No que se reporta à defasagem entre norma e realidade, que o modelo tradicional do Direito e as técnicas interpretativas clássicas já não conseguem minimizar, problema que se apresenta mais agudo no campo dos direitos sociais, o garantismo jurídico também contribui com novos parâmetros de interpretação e de tratamento da validade das normas, a exigir a postura crítica do intérprete e a adoção de novas práticas operativas.

A par da intensificação das relações globais, a teoria garantista também vem reforçar a importância da Constituição e o papel do Estado na resolução dos problemas da comunidade, para questionar o modelo que vem sendo imposto de forma irrefletida em contraposição à busca do bem-estar social.

Passar-se-á, portanto, à apresentação da teoria garantista.

---

e impede a “realimentação” dos direitos civis e políticos. Conferir ANTUNES, Ruy Barbedo. **Globalização e direitos humanos**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/GLOBANTUNES.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2005.

### 2.1.2 A teoria garantista: modelo normativo, teoria crítica do direito e filosofia política

Ao apresentar os significados do garantismo, Ferrajoli desenvolve três principais vertentes de sua acepção: um modelo normativo de direito; uma teoria crítica do direito e uma filosofia política.

Ao designá-lo como modelo normativo de direito, Ferrajoli parte do sistema penal, para delineá-lo no plano epistemológico como um sistema de poder mínimo; no plano político, como uma tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos ao poder estatal em garantia aos direitos dos cidadãos.<sup>114</sup>

É interessante notar a definição do garantismo como modelo limite, isto é, que serve para aferir um sistema a partir de um maior ou menor grau de garantismo, ou o funcionamento do sistema a partir do modelo constitucional. Este aspecto será importante para a análise da legitimidade democrática do Poder Judiciário no campo dos direitos sociais, para que se tenha em mente que, ainda que haja base para tal legitimidade, não necessariamente toda atuação jurisdicional será legítima, havendo parâmetros de maior ou menor legitimidade.

Como teoria jurídica, o garantismo, com base na divergência existente nos modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendemente antigarantistas), exprime uma aproximação teórica entre validade e efetividade. Opera, portanto, como doutrina jurídica de legitimação, para avaliar a maior ou menor legitimidade do sistema, o que exige uma postura crítica dos operadores jurídicos, sobre a validade das normas e o seu caráter comumente ideal, em uma perspectiva interna, científica e jurídica. Inova por contrapor-se a comportamentos acríticos e contemplativos, próprios das práticas tradicionais.<sup>115</sup>

O garantismo também é desenvolvido como filosofia política, ao exigir o ônus da justificação externa do direito e do Estado, com base no atingimento dos objetivos cuja tutela ou garantia visa alcançar. A partir deste ponto de vista externo também pode ser exercido um juízo de valor sobre a legitimidade ou perda de legitimidade ético-política do direito e do Estado.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

<sup>115</sup> Idem, ibidem, p. 684-685.

<sup>116</sup> Idem, ibidem, p. 686.

A par destas três acepções, Ferrajoli propugna pela construção de uma teoria geral do garantismo, para identificar como seus principais elementos:

- a) o caráter vinculado do poder público no Estado de direito;
- b) a diferença entre validade e vigência, a gerar um juízo crítico sobre as normas inferiores e as suas aplicações;
- c) a distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e interno (jurídico) e, conseqüentemente, entre justiça e validade, também de forma a ensejar um juízo crítico em relação à legitimidade política das instituições estatais.<sup>117</sup>

Trata-se de um modelo eminentemente crítico, portanto, em relação à efetividade do funcionamento do sistema jurídico, à compatibilidade entre o direito constitucional com as normas de nível inferior, à real atuação do Estado e do direito em prol dos valores que os justificam.

Diante destas linhas, o garantismo, de certa forma impõe reflexões sobre paradigmas clássicos, como, por exemplo, da obediência de todos às leis, da presunção de legitimidade dos atos administrativos, da fidelidade do juiz à lei,<sup>118</sup> podendo gerar certo grau de incerteza e insegurança jurídica, mas, por outro lado, fomenta um debate sobre o sistema jurídico, político, econômico e social na era contemporânea, já que as práticas administrativas, legislativas e jurisdicionais, o Estado e o direito, no mundo da vida, não parecem realmente voltados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

A par da crise do Direito, em várias dimensões, identificadas por Ferrajoli no aspecto da legalidade, expressa na ausência ou ineficácia dos controles dos titulares dos poderes públicos, a resultar na ilegalidade do poder; da inadequação da estrutura estatal para a elaboração das garantias dos direitos sociais, que resta a mercê da mediação burocrática e partidária, sujeita a interesses setoriais e corporativos; na deslocação dos lugares de soberania, resultando no enfraquecimento do constitucionalismo, ante a ausência de corpo substitutivo idêntico no âmbito supranacional, o citado autor apresenta como solução nada mais do que a própria razão jurídica que erigiu o paradigma teórico e normativo do Estado de Direito.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 686.

<sup>118</sup> Conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 82.

<sup>119</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-91.

A razão jurídica, com auxílio do constitucionalismo, permitiria reconfigurar e construir o Direito como sistema de garantias voltado à tutela dos direitos fundamentais.<sup>120</sup>

A teoria garantista impulsiona, portanto, a revalorização da Constituição como pacto fundamental da sociedade e instrumento indispensável à ordenação das relações sociais,<sup>121</sup> congregadora dos mais altos valores da comunidade política a ela vinculada, tão combatida pelos efeitos negativos da intensificação das relações internacionais decorrentes da globalização, que têm sido mais impactantes do que os influxos positivos já produzidos.<sup>122</sup>

A teoria garantista direciona-se, portanto, à busca de soluções jurídicas para as perplexidades contemporâneas relativas aos questionamentos em face da ilegitimidade do sistema jurídico, da disparidade entre a realidade e os valores consagrados no plexo normativo que intenciona regular, da função do Estado e do direito como promotores do bem-estar comum.

Em especial, em face do objeto deste trabalho, merece especial atenção o desenvolvimento da teoria garantista como doutrina política, a estabelecer parâmetros de legitimidade das instituições jurídicas e políticas que não se restringem ao princípio majoritário, inserindo no debate democrático a limitação do poder pelos direitos fundamentais, incluído o dever de realização dos direitos sociais.

### 2.1.3 A concepção instrumental do Estado

A perspectiva garantista adota ponto de vista que compreende a organização política não como fim, mas como instrumento de viabilização dos interesses vitais dos cidadãos.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-91.

<sup>121</sup> Conferir ROSA, Alexandre Moraes. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15.

<sup>122</sup> Esta perspectiva transnacional provocou o questionamento de vários paradigmas constitucionais. A título de exemplo, Canotilho, que antes salientava a importância da Constituição dirigente, passou a defender a diretividade constitucional inserta em uma compreensão crítica próxima do constitucionalismo moralmente reflexivo. Para Canotilho, as constituições programático-estatais, ao erguer o Estado e o direito como instrumentos funcionais de direção da sociedade, levaram-nos à crise da política regulativa. Além deste “pecado original”, Canotilho aponta como fragilidade epistêmica o “autismo nacionalista e patriótico” das constituições, para acrescer que o contexto internacional aponta para a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, “nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”. Canotilho afirma, ainda, que a teoria da constituição dirigente representa um instrumento de estatização do mundo, para pregar a substituição de um direito “autoritariamente” dirigente por outras fórmulas que apoiem e encorajem a dinâmica da sociedade civil. Conferir CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

<sup>123</sup> Conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72.

Centrando-se na finalidade da atuação estatal, a visão contribui para repensar a omissão estatal no que tange à implementação dos direitos sociais.

Ao desenvolver o garantismo como teoria política, Ferrajoli parte da concepção do Estado de Direito como governo submetido à lei (*sub lege*), não somente no que concerne à forma e procedimentos por ela estabelecidos, o que pode abranger ordenamentos autoritários, mas também aos conteúdos, valores incorporados nas normas superiores, sistemática própria do Estado Constitucional que congrega limites formais e substanciais ao exercício do poder.<sup>124</sup>

Ferrajoli, portanto, combate uma visão reducionista do Estado de Direito a “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, para compreendê-lo como o modelo de Estado surgido com as modernas Constituições, cujas características podem ser identificadas, no plano formal, pelo princípio da legalidade, a vincular todo o poder público às leis gerais e abstratas, subsumíveis a controle de legitimidade por parte do Poder Judiciário e, no plano substancial, pelo funcionamento dos poderes do Estado voltado para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, em cumprimento aos deveres públicos estabelecidos constitucionalmente de proibições de lesões aos direitos de liberdade e da obrigação de satisfação dos direitos sociais, todos passíveis de tutela judiciária.<sup>125</sup>

A partir de tais características, Ferrajoli distingue duas fontes correlatas de legitimação do Estado e validade do poder, que também pode ser utilizado para aferição dos atos estatais: a legitimidade formal (plano formal) e a legitimidade substancial (plano substancial).

Tal ponto de vista, desta maneira, rechaça as doutrinas políticas que tomam por base a compreensão do Estado e do direito como bens ou valores intrínsecos, para cuja conservação e reforço o direito deve ser funcionalizado.<sup>126</sup> A teoria garantista, ao contrário, adota um viés heteropoiético (não auto-referencial) do Estado como meio de atendimento dos direitos fundamentais dos componentes da comunidade e legitimado por este fim (função utilitária).

Trata-se de um ponto vista externo, por partir das pessoas e da sociedade como fins e valores para cujo bem-estar o Estado é um instrumento de tutela, ao invés do Estado como fim

<sup>124</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 687.

<sup>125</sup> Idem, ibidem, p. 688.

<sup>126</sup> Ferrajoli considera como autopoieticas, a designar a característica auto-referencial associada aos sistemas políticos, aquelas que legitimam o Estado sobre “identidades metafísicas e meta-históricas”, como Deus, a religião e similares, como também as modernas que postulam o primado do Estado sobre a sociedade, centralizando o funcionamento do próprio sistema jurídico como causa de legitimação. Conferir Ferrajoli, ibidem, p. 707; Ao abordar o garantismo, Streck concebe as concepções autopoieticas do Direito (direito reflexivo), como conformadoras do Direito aos limites do *establishment*, a reduzir a complexidade social, ao invés de adaptar o Direito aos anseios da sociedade. Conferir STRECK, Lenio Luiz. **Da utilidade de uma análise garantista para o Direito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.femargs.com.br/revista02\\_streck.html](http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html)>. Acesso em: 03 jun. 2005.

em si mesmo.<sup>127</sup> Assim, a legitimação política do direito e do Estado adviria de fora, ou seja, da sociedade.

É de notar, no entanto, Ferrajoli a apontar o garantismo como modelo ideal, isto é, imperfeitamente realizado, consubstanciando parâmetros de legitimação política ou de perda de legitimação. Por isso há que se falar em grau mais ou menos alto de legitimidade, não de legitimidade absoluta. Esta legitimidade política do Estado encontra-se, portanto, relacionada à capacidade de controle sobre o poder, seja público ou privado, por parte dos cidadãos e da maturidade democrática dos sujeitos sociais.<sup>128</sup>

Destarte, a partir da idéia da limitação do poder estatal, como potencialmente opressor, Ferrajoli desenvolve uma teoria política que situa a justificação da existência do Estado nas necessidades vitais das pessoas e da sociedade, mas também não ignora, em especial em face da realidade hodierna, deverem ser garantidos os direitos fundamentais dos cidadãos também contra outros poderes de fato (não estatais), muitas vezes subtraídos da esfera do Estado, cuja força com frequência prevalece sobre o direito.<sup>129</sup>

Esta visão, portanto, fundamenta-se na idéia de limitação do poder, não só pela proibição de adotar ações lesivas aos direitos fundamentais, mas também por deveres de concretização destes direitos, enfoque que enseja contributivas reflexões sobre a crise de efetividade dos direitos sociais, na maioria, dependentes de programas estatais destinados à sua viabilização, mormente quando hoje uma das maiores perplexidades da teoria política é o desenvolvimento de meios de defesa do cidadão contra o poder, seja político, seja econômico, seja um dos outros poderes de fato abordados pela teoria garantista.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 706-707; O Estado e o Direito não se autojustificam, mas buscam (ou não), “fins extrajurídicos úteis, desejáveis, axiológica ou politicamente ‘justos’, o que deve ser analisado em cada caso concreto, conforme a análise da teoria garantista por Cademartori. O autor também observa adotar Ferrajoli nova acepção do termo autopoiese e heteropoiese, parafraseando a expressão “autopoiese” originariamente utilizada por Niklas Luhmann. Neste sentido, conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 74 e 162-163.

<sup>128</sup> Idem, ibidem, p. 710 e 714.

<sup>129</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 746. Cademartori, ao abordar a teoria garantista, concebe esta limitação do poder como instrumento de ampliação da liberdade, na medida em que a finalidade do poder permite a compatibilização do gozo da liberdade da cada um à igual liberdade de todos. Conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73.

<sup>130</sup> Neste contexto, importante registrar a observação de Cademartori e Xavier no sentido de que a circunstância de que alguns direitos possam ser melhor satisfeitos pelo mercado que pelo Estado, não exime este último da responsabilidade de sua garantia. A observação é importante, na medida em que o argumento de que a responsabilidade de atendimento dos direitos sociais não é exclusivamente estatal não retira ao Estado a obrigação, restritiva de seu poder, de garanti-los. Conferir CADEMARTORI, Sérgio. XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/DiegoApontamentosIAG.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2005.



No momento em que se articulam pensamentos jurídico-políticos, voltados à redução da ação estatal no campo social e questionadores do dever de fomento pelo Estado da realização dos direitos sociais, a gerar, em tese, um âmbito de irresponsabilidade do poder, caracterizada pela falta de controle deste dever de realização, sob o argumento de estarem situados fora do campo de exame jurisdicional, o garantismo traz uma postura crítica, capaz de oscilar o pêndulo em favor da satisfação das necessidades básicas das pessoas e da sociedade.

Verifica-se, portanto, apresentar-se a teoria garantista no aspecto da filosofia política como atenta ao contexto político, cultural, econômico e social hoje vivido e realista, no concernente ao auto-reconhecimento de suas imperfeições e da dependência de fatores reais de organização da sociedade civil, como também utópica, no bom sentido que rege o idealismo das doutrinas que se voltam ao atendimento dos valores éticos que devem orientar a melhor convivência entre os povos e seres humanos.

#### 2.1.4 Os direitos sociais como imposição de obrigações aos poderes estatais: o Estado Social de Direito

Ao prelecionar sobre os direitos fundamentais, a teoria garantista desenvolve rigorosa concepção quanto ao dever do Estado à efetivação dos direitos sociais, ao contrário da perspectiva flexibilizadora hoje muitas vezes apresentada pelos doutrinadores, não obstante já se tenha evoluído um pouco mais sobre a obrigação do Estado no tocante à efetivação dos direitos sociais no que diz ao seu patamar básico.

A partir da concepção do Estado de Direito, Ferrajoli distingue as garantias liberais ou negativas, consistentes na restrição do poder estatal pela proibição de violação dos clássicos direitos civis e políticos, consistentes em deveres públicos de não fazer ou não deixar fazer, característicos do Estado Liberal de Direito, já delineados quando se tratou da evolução da concepção do Estado Moderno, neste trabalho,<sup>131</sup> e as garantias sociais, para tutela dos direitos sociais, tradicionalmente concebidos como direitos a prestações a que devem corresponder obrigações ou deveres públicos de fazer. A incorporação no ordenamento constitucional de garantias sociais, além das liberais, vem a caracterizar o Estado Social de Direito.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Conferir item 1.3.

<sup>132</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 691.

Segundo a técnica garantista, a inserção de tais obrigações faz-se nas normas superiores do ordenamento, quais sejam, aquelas constantes das Constituições, que estabelecem direitos dos cidadãos correlatos a deveres do Estado.

O Estado Social de Direito, portanto, é concebido na teoria garantista como aquele que, além de limitado constitucionalmente pelas proibições de impedir o gozo dos direitos, também é restringido pela obrigação constitucional de voltar-se à materialização de tais direitos. No entanto, é observado por Ferrajoli que a consagração dos direitos sociais não foi acompanhada de técnicas de defesa dedutíveis em juízo, tendo havido apenas a ampliação dos espaços de discricionariedade das estruturas burocráticas, o jogo de grupos de pressão e a proliferação das discriminações e privilégios.<sup>133</sup>

As garantias, portanto, são as técnicas de defesa ou tutela dos direitos perante os poderes, enquanto os direitos são os elementos limitadores do Estado e dos poderes de fato, constituindo-se em valores éticos afetos à pessoa humana e à sociedade.<sup>134</sup>

Ferrajoli constata, portanto, não haver sido teorizado nem realizado um real Estado Social de Direito, dotado de sistema de garantias de direitos sociais, claramente definíveis e acionáveis, a gerar certeza e igualdade na satisfação de expectativas. Para Ferrajoli, informam tanto as garantias liberais como as sociais o princípio da legalidade, diante do estabelecimento de obrigações legais à realização dos direitos fundamentais,<sup>135</sup> e o princípio da submissão à jurisdição, já que para as lesões a todos os direitos fundamentais serem removidas, há necessidade de que os direitos sejam sindicáveis contra os sujeitos por ela responsáveis, por ação ou omissão.

Convém notar que a concepção dos direitos liberais e sociais por Ferrajoli ainda parte da dicotomia em ações negativas e ações positivas. Consoante já visto, porém, o gozo dos direitos civis e políticos também requer prestações positivas pelo Estado, como, por exemplo, a criação de toda a estrutura estatal que viabiliza o sufrágio universal e as medidas protetivas dos direitos de propriedade. É assente também na doutrina hodierna que os direitos sociais também requerem posições estatais e particulares negativas, isto é, de vedações de atitudes que venham a impedir o gozo dos direitos, como também prestações positivas, naqueles casos

<sup>133</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 692.

<sup>134</sup> Cademartori, ao abordar a diferenciação garantística das garantias dos direitos fundamentais, afirma que a garantia indica as tutelas e defesas que protegem um bem específico, constituído pelas posições dos indivíduos na sociedades, isto é liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. O garantismo é a defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 86.

<sup>135</sup> Obrigações estas que não devem ser deixadas ao arbítrio administrativo, segundo FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 734.

em que há necessidade de que o Estado viabilize necessidades vitais dos cidadãos como a saúde, a educação, etc.

Não obstante, a circunstância suso declinada não enfraquece o importante potencial argumentativo oferecido pela teoria garantista, em sua postura crítica à ausência de efetivação dos direitos sociais e à falta de criação de um sistema de tutelas eficazes de viabilização de tais direitos. A concepção das obrigações constitucionais de implementação de tais direitos também se coaduna com a teorização das imposições constitucionais ao legislador e administrador no sentido de realização dos direitos sociais.<sup>136</sup> Além disso, a maior problemática contemporânea diz respeito à efetivação dos direitos sociais, na sua maioria dependentes de prestações positivas.

Há críticas, também, a esta teorização do Estado Social de Direito, como um estado nunca idealizado em tão alto grau. Contudo, há de se ver que o projeto garantista é ideal, um quadro que deve ser buscado, seja pelos poderes públicos, seja pela sociedade, através de inevitáveis lutas.<sup>137</sup> O modelo garantista consiste em um parâmetro de aferição de legitimidade e de efetividade social.

Neste contexto, a idéia de efetivação do Estado Social de Direito, almeja o progresso das técnicas de garantias sociais como dever estatal, mas não se confunde com o exaurimento de todas estas obrigações, mesmo porque novos direitos são acrescentados aos anteriores e são arduamente construídos pela sociedade.

Decerto a postura garantista apresentada restringe o campo de atuação estatal na escolha dos meios e graus de implementação dos direitos sociais, necessário à adequação da norma à realidade fática, já que uma abertura para adoção de medidas concretizadoras afigura-se importante para permitir a renovação do sistema sem rupturas traumáticas e instáveis, que podem permitir até mesmo um retrocesso. Contudo, identifica-se na visão garantista, independentemente deste certo descompasso, o objetivo maior de ampliar o controle sobre as ações estatais e firmar premissas que melhor viabilizem o exercício dos direitos sociais. Prega-se o máximo, à vista da situação extrema enfrentada atualmente que requer uma mudança significativa de postura dos poderes.

---

<sup>136</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 468. Posteriormente, repensada para se adequar a um constitucionalismo “moralmente reflexivo”, consoante CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

<sup>137</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-756.

A importante contribuição da concepção garantista do Estado Social de Direito consiste em incorporar a efetivação dos direitos sociais como dever deste Estado, a exigir a criação de um sistema eficaz de garantias institucionais que promovam transformações sociais, não só a incorporação dos direitos sociais ideais na Constituição, para questionar o modelo hoje existente.

#### 2.1.5 O Estado de Direito enquanto democracia substancial: por uma ressignificação da teoria democrática

Uma vez expostas as linhas mestras da doutrina política garantista, parte-se para uma ampla concepção da democracia, para além da idéia do simples consenso pela maioria, com o fito de também abranger a promoção das necessidades vitais das pessoas e da sociedade.

A par das premissas fixadas a respeito da legitimidade formal e substancial do Estado, concernentes às condições impostas ao válido exercício do poder, Ferrajoli distingue dois tipos de regras: aquelas sobre quem pode e como se deve decidir, isto é, relativas a competências e procedimentos, como por exemplo as formas de expressão da soberania popular, e aquelas sobre o que se deve ou não se deve decidir, ou seja, os preceitos que garantem os direitos fundamentais, com proibições legais e obrigações aos poderes do Estado.<sup>138</sup> As primeiras para caracterizar o Estado democrático e as segundas para caracterizar o Estado de Direito.

Estas regras relativas ao conteúdo dos limites impostos ao Estado, segundo Ferrajoli englobam, portanto, não somente a necessidade de o Estado respeitar a esfera de gozo dos direitos (deveres negativos – “o que não se deve decidir”), mas também de implementar a sua realização, com a intervenção na sociedade para o fito de possibilitar o seu gozo (deveres positivos – “o que se deve decidir”), através da redução das desigualdades sociais, para efetivar o direito ao trabalho, à educação, à saúde, etc.

Ao se reportar ao surgimento do Estado Moderno, Ferrajoli acrescenta que se deu primeiramente como Estado de Direito, pois na monarquia constitucional já se submetia o poder do rei à Constituição, sendo posteriormente desenvolvida a idéia da representatividade, com a consagração do princípio majoritário. A partir de tal raciocínio, Ferrajoli expõe a idéia

---

<sup>138</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 688-689.

de que, não somente cronologicamente, mas também de forma axiomática, a essência do Estado de direito, isto é, da restrição do poder para garantia dos direitos, precede a função democrático-representativa, ou seja, da obtenção do consenso através da decisão da maioria devidamente representada, o que, cotejado significa que nem mesmo a maioria pode decidir sobre tudo relativo aos mais altos valores da comunidade a serem protegidos do exercício do poder.<sup>139</sup>

Concebido o Estado de Direito como o conjunto de garantias liberais e sociais, através da necessária harmonização com a democracia representativa extraem-se as premissas de que “nem tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria” e que “nem tudo se pode deixar de decidir, nem mesmo em maioria”.<sup>140</sup>

Nesta concepção, o princípio majoritário, embora se apresente como a melhor forma de procedimento para adoção de deliberações, não pode, por si só, tornar legítima ou ilegítima a decisão.<sup>141</sup> As regras relativas ao Estado de Direito procuram também equalizar a convivência entre maioria e minoria, como medida de contenção do poder, através do pacto constitucional, em especial fundado no direito de resistência à opressão.

Há, assim, uma redefinição do conceito de democracia pelo garantismo para denominar como democracia substancial ou social o “Estado de Direito”, a congregar as garantias liberais e sociais, a tutelar os interesses dos fracos, das minorias, em relação aos fortes, às majorias; e como democracia formal ou política, o “Estado político representativo”, informado pelo princípio majoritário. O garantismo, entretanto, subordina a democracia formal à democracia substancial, por esta última incorporar valores considerados mais importantes, para apresentar um projeto de Estado Social de direito que maximize as liberdades e minimize os poderes.<sup>142</sup>

Esta reflexão sobre a democracia representativa é, sem dúvida, vital para examinar a questão da legitimidade da atuação jurisdicional na concretização dos direitos sociais, pois o

<sup>139</sup> Mesmo o poder do povo não pode ser ilimitado, sob pena de resultar absoluto e totalitário, segundo Ferrajoli. Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 689.

<sup>140</sup> Ou a esfera do “decidível que” ou “indecidível que não”, conforme FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 98.

<sup>141</sup> Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690. Sobre o assunto, Ferrajoli exemplifica a existência de limites à decisão da maioria com vários casos em que se demonstra impossível a um povo, mesmo por unanimidade, deliberar, como em relação à decisão pela privação de liberdade de um homem mesmo sem culpa, pela determinação de que se escreva ou pense de determinada maneira, pela imputação de determinado trabalho sem direito de escolha, etc.

<sup>142</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694.

maior argumento contraposto à mesma é exatamente de os juízes não serem eleitos, não serem submetidos à escolha pela maioria para expressar a sua vontade. Mas, conforme o raciocínio teórico desenvolvido, este critério não é suficiente para conferir legitimidade ou não para determinada atuação do poder estatal, uma vez que o Poder Judiciário retira sua razão de ser do exercício de contenção do poder, inclusive daquele exercido pela maioria através de seus representantes.

Como a questão não é somente de conteúdo, mas também de forma, quanto a esta última, a par da reflexão a respeito da função contramajoritária do Poder Judiciário, não se pode dizer não ser passível de atendimento, já que a atuação jurisdicional encontra-se relacionada à competência que lhe foi outorgada constitucionalmente, isto é, de ajustar o exercício dos demais poderes estatais à satisfação do bem comum, através da viabilização dos direitos fundamentais. Convém esclarecer que a questão da definição de competências diz respeito à forma de governo.

No que toca à questão do procedimento, é de efetuar uma correlação com a competência do Poder Judiciário, extraíndo-se ser o processo judicial meio de debate público, devendo pautar-se pela garantia de igual oportunidade para as partes na solução das controvérsias e exigir decisões judiciais devidamente motivadas. Destarte, há adequação da atuação jurisdicional à democracia formal.

Uma das críticas contra a redefinição garantista da democracia é a de que o raciocínio efetuado, em especial no que concerne à prevalência da democracia substancial, pode transformar os direitos fundamentais em elemento de neutralização e desmobilização política, reduzindo projetos alternativos da sociedade e a deliberação pelo sistema de maioria, bem como pode ensejar um hiperconstitucionalismo com a gestão das opções políticas por expertos (juízes).<sup>143</sup>

Ferrajoli contraargumenta, primeiramente, que a própria democracia política se embasa em um direito fundamental, qual seja, o direito político exercido por todos os cidadãos. Ressalta, a seguir, que as distintas dimensões da democracia ( política, social, civil) devem se

---

<sup>143</sup> Conferir VITALE, Ermanno. ¿Teoría General del Derecho o fundación de una República óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 71. Nesta linha, também, para criticar a teoria garantista como exemplo das tendências muito difundidas na filosofia político-jurídica contemporânea de converter os direitos em instrumento insaciável, a devorar a democracia, o espaço político e a sua base de autonomia moral, fazendo crer que os direitos podem e devem justificar o sacrifício do princípio do autogoverno, conferir PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p.243 e 251.

equilibrar, possuindo como elo a Constituição, a impor limites e vínculos aos diversos direitos fundamentais.<sup>144</sup>

A teoria democrática garantista em nenhum momento apresentou a tendência de estrangulamento do exercício dos direitos políticos e/ou da mitigação das discussões públicas, tanto que se desenvolve exatamente no sentido de evitar decisões autoritárias e de criar um modelo de expansão das liberdades. Ademais, reconhece no princípio majoritário a melhor forma de procedimento para adoção das deliberações,<sup>145</sup> no sistema de governo.

A questão é que a teoria garantista procura viabilizar as garantias institucionais, em especial a sindicabilidade dos direitos sociais, como mais um meio de maximização dos direitos fundamentais, proporcionando, isto sim, mais um espaço de discussão pública. Além disso, faz uma profunda reflexão sobre os limites das decisões adotadas através da democracia política, para demonstrar que a legitimidade não pode advir tão somente deste critério, mas deve necessariamente englobar o conteúdo das decisões.

A propósito da concepção da democracia garantista, também foi levantada a impossibilidade de elaborar-se uma teoria jurídica da democracia, por apresentar-se como um ponto de vista parcial, em face de outros possíveis, como o econômico, o sociológico, o político-institucional, o psico-antropológico, o sistêmico, razão pela qual a teoria da democracia não poderia ser baseada nos direitos fundamentais.<sup>146</sup>

A respeito de tal objeção, embora concorde Ferrajoli que a democracia não seja um fenômeno essencial ou prevalentemente jurídico, aduz que a estipulação e a garantia de direitos são condições necessárias para a democracia, ainda que insuficientes, seja pelo fato de serem normas que podem resultar ineficazes, seja pelo fato de que somente asseguram a dimensão jurídica da democracia. Defende, porém, que a dimensão jurídica da democracia, se não é a mais importante, é a prévia, em relação a outras aproximações que podem ser feitas, como a econômica, a sistêmica, etc.<sup>147</sup>

No tocante ao assunto, é de se ver que o garantismo concebeu a sua doutrina política, embora eminentemente jurídica, como aberta à realidade social, tanto que foi enfatizado em

<sup>144</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 172.

<sup>145</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 690.

<sup>146</sup> Conferir ZOLO, Danilo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p.82.

<sup>147</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 168.

várias circunstâncias o caráter histórico dos direitos fundamentais; a necessidade de amadurecimento da sociedade civil e das instituições jurídicas e políticas para a implantação de um sistema de garantias, a ineficácia das práticas sociais que ameaçam os direitos fundamentais. Não se pode dizer que a teoria democrática garantista seja puramente normativista.<sup>148</sup>

Agora, dentro da linha de raciocínio da força normativa da Constituição, a teoria jurídica pode ser concebida com o intuito de transformar a realidade social, de influenciar o mundo da vida. O papel do Direito é muito importante para criar um ambiente de respeito aos direitos fundamentais e de gozo das liberdades, embora sua eficácia resulte da inserção dos preceitos na sociedade. Portanto, a perspectiva jurídica, desde que o direito seja concebido em rede, isto é, cotejado com outras ciências, como a economia, a sociologia, a história, a antropologia, etc., poderá obter uma maior aproximação com o plano fático.

Assim sendo, diante da amplitude da idéia da democracia, concorda-se com a ressignificação efetuada pelo garantismo, para acrescentar a dimensão substancial, relativa ao conteúdo das deliberações adotadas, ao seu conceito.<sup>149</sup>

#### 2.1.6 A função complementar dos poderes estatais

Um aspecto importante que pode ser identificado na teoria garantista é a destinação conjunta das obrigações constitucionais a todos os poderes do Estado.

Esta imputação de deveres públicos positivos e negativos que caracterizam o Estado de Direito na concepção garantista atinge a todos e a cada um dos poderes públicos, sem efetuar diferenciação em relação ao Poder Judiciário.

Na construção teórica dos direitos fundamentais, verificou-se que é assente na doutrina a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário aos direitos sociais.<sup>150</sup> Não obstante tal premissa, discutem-se os graus de vinculação dos poderes a tais direitos, como foi

<sup>148</sup> Aliás, o próprio Ferrajoli qualifica como empírica sua teoria, não obstante reconheça seu caráter normativo. Conferir FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Universidad externa de Colombia, 2000. p. 46-47.

<sup>149</sup> A respeito, Pintore, por exemplo, opõe-se contra a inserção de referências a conteúdo no conceito de democracia por afastar o significado léxico da expressão, que historicamente diz respeito à idéia do autogoverno (voto, associação, eleições). Conferir PINTORE, Anna. *Derechos insaciables*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 248.

<sup>150</sup> Conferir capítulo I, item 1.1.



visto, até para afastar do campo jurisdicional a possibilidade de colmatação das lacunas e/ou correção efetiva de omissões, no campo dos direitos sociais.

Neste contexto, a doutrina garantista, em nenhum momento, exclui o Poder Judiciário do dever de realização dos direitos sociais, ínsito ao Estado de Direito. Ao contrário, sempre frisa a obrigação de todos e de cada um dos poderes públicos para tanto,<sup>151</sup> inclusive se reportando ao exame da legitimidade da atuação jurisdicional com base nos parâmetros de legitimação fixados no desenvolvimento da doutrina.

Em verdade, o garantismo reforça o papel da jurisdição e da nova fonte de legitimação do poder judicial aberta através da perspectiva delineada na mencionada doutrina, para ressaltar o papel da jurisdição como garantia do cidadão contra as violações de seus direitos.<sup>152</sup>

Ao identificar o fundamento dos poderes Legislativo e Executivo na regra da maioria, o garantismo concebe a tutela dos direitos fundamentais, mesmo contra a maioria, e a obrigação constitucional de sua realização como base da atuação do Poder Judiciário, advinda da democracia substancial (Estado de Direito), já que a própria análise da norma fixada pela maioria exige um terceiro independente em condições de avaliar os atos praticados no exercício dos demais poderes.

Agora, não se pode olvidar reconhecer o próprio Ferrajoli haver limites para a esfera do Estado de Direito e das suas garantias,<sup>153</sup> pelo que se deduz que a atuação jurisdicional se fará dentro das possibilidades reais, mas não sem atenção à sua finalidade de assegurar os direitos fundamentais, ao máximo possível, e de criticar as normas inferiores à vista dos valores mais altos da comunidade, plasmados na Constituição e no instrumentos normativos de direito internacional.<sup>154</sup>

Esta concepção complementar da função dos poderes públicos em prol da efetivação dos direitos sociais, sem mitigações e estabelecimento de graus de vinculação, com o delineamento das diferentes bases em que se assentam as atuações dos poderes estatais, apresenta-se mais adequada à concepção do funcionamento harmônico e equilibrado do Estado e do fundamento da sua legitimidade, qual seja, de satisfação das necessidades vitais das pessoas e da sociedade.

---

<sup>151</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 101.

<sup>152</sup> Idem, ibidem, p. 100.

<sup>153</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 746.

<sup>154</sup> Ferrajoli também se refere ao caráter internacional dos direitos fundamentais, ao tratar sobre a subordinação jurídica do Estado às normas e às sanções predispostas pelo direito internacional em virtude da violação de tais direitos. Idem, ibidem, p. 750.

### 2.1.7 O papel do juiz e do jurista na perspectiva garantista

Ao conceber o garantismo como teoria do direito, consoante já visto,<sup>155</sup> Ferrajoli embasa-se no descompasso entre normatividade e realidade, para construir uma doutrina jurídica de legitimação, que exige dos operadores jurídicos um permanente exame crítico desta divergência em prol da aproximação entre o plano fático e normativo.<sup>156</sup>

Em tempo de crise de direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, a perspectiva é muito adequada à interpretação da norma, porque se encontra aberta à realidade, amplia as perspectivas de cumprimento pelo direito de sua função de regular a convivência social e de promover as soluções de conflitos em prol da paz social, mediante as instituições jurídicas, públicas, políticas, sociais e comunitárias existentes, tendo em vista que o operador jurídico terá em vista a redução da divergência entre as leis e as práticas efetivas.

Conforme anteriormente abordado, a teoria garantista parte da idéia de vinculação do Estado de Direito aos deveres públicos de realização dos direitos fundamentais, seja através de ação ou omissão. Contudo tais deveres públicos traçados em preceitos normativos, portanto, a constituir valores, possuem um caráter utópico, isto é, nunca se concretizam perfeitamente.<sup>157</sup>

A partir de tal descompasso entre normatividade e faticidade e de normas de nível superior a normas de níveis inferior, a teoria garantista concebe existirem graus maiores ou menores de legitimidade dos atos dos poderes públicos e das normas por eles produzidas ou não produzidas, que requerem, portanto, uma postura crítica dos operadores jurídicos, a respeito das normas e do seu caráter comumente ideal, para efetuar uma interpretação extensiva dos valores constitucionais, quando da compatibilização com as normas inferiores, em busca da efetividade da Constituição através do desenvolvimento de garantias capazes de realizá-la.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> Conferir Capítulo II, item 2.1.2.

<sup>156</sup> Rosa adverte que o juiz deve compreender e reconhecer a sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou decorrentes da Constituição. Conferir ROSA, Alexandre Moraes. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91.

<sup>157</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 695.

<sup>158</sup> Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 698-699.

Assim sendo, o garantismo estimula uma postura interpretativa crítica do direito, por parte do operador jurídico, em contraponto às posturas tradicionais contemplativas, a par da idéia de que vigor não pode ser confundido com validade e efetividade, isto é, existem regras em vigor, mas inválidas por apresentarem antinomias,<sup>159</sup> seja pela violação das normas superiores, ou lacunas, seja pela não efetivação das normas superiores; bem como regras em vigor não efetivas, isto é, compatíveis com forma e valores fixadas pelas normas superiores, mas não aplicadas no mundo.

As proposições garantistas, portanto, questionam dogmas como o da fidelidade do juiz à lei e da função meramente descritiva e avaliativa do juiz diante do direito positivo vigente, a par de entender não haver obrigação jurídica do juiz de aplicar a lei, já que deve efetuar um juízo de sua validade ante a Constituição. Tal juízo de validade abrange o aspecto formal, isto é, da observância dos procedimentos e da competência do órgão do qual emana, para que seja vigente, como também o aspecto substancial, isto é, da correspondência com o conteúdo das normas superiores, em especial, constitucionais, para que seja válida.

Neste contexto, o juízo de validade (substancial) configura, portanto, um juízo de valor que implica o dever de motivação das decisões judiciais, para verificação e valoração.<sup>160</sup> No tocante à fidelidade do juiz à lei, portanto, na ótica garantista constitui, isto sim, a sujeição à Constituição, dever do juiz e tarefa do jurista.

Cabe, então, ao intérprete utilizar-se das técnicas garantistas para aproximação entre o plano fático e jurídico, quais sejam:

- a) resolver as antinomias, consistentes em violações comissivas à normas superiores, retirando do mundo jurídico as normas inválidas, embora vigentes;
- b) colmatar as lacunas, consistentes em omissões de efetivação das normas superiores, colocando em vigor normas indevidamente não vigentes (introdução da norma ausente).<sup>161</sup>

No campo dos direitos sociais, portanto, cuja inefetividade é intensamente criticada, a teoria garantista abre amplas expectativas, ao alinhar-se com a posição daqueles que admitem a possibilidade de o juiz extrair das normas constitucionais a sua máxima efetiva tutela para o

<sup>159</sup> A antinomia é “conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível”. Conferir idem, ibidem, p. 701.

<sup>160</sup> Cademartori observa que o perspectiva garantista desenvolve a crítica do Direito a partir do interior do sistema jurídico para, ao contrário do dogma da avaloratividade da ciência jurídica a impor tal crítica a partir do exterior do Direito, valorar o ordenamento mediante critérios de validade ou invalidade à vista das normas superiores. Conferir CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 82.

<sup>161</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 704.

cidadão, diante da ausência de concretização pelo legislador ou pelo administrador, em contraponto às posições conformadoras que negam as garantias de acionabilidade dos direitos sociais aos cidadãos, relegando-as às conquistas no campo político e social, sem atentar que a criação e/ou ampliação de garantias jurídicas também é resultado destas conquistas.

Outrossim, é observável a proeminência da tarefa do julgador na perspectiva garantista, não obstante haja referência também ao papel do jurista na aplicação da técnica de garantias. Esta visão, de uma certa forma, ignora a concepção pluralista da interpretação que melhor explica o fenômeno interpretativo na sociedade, ao ampliar a atuação dos diferentes atores sociais. A integração do ponto de vista garantista com a concepção aberta do rol de intérpretes é necessária para aumentar a percepção das possibilidades de uso do Direito em prol da realização de transformações sociais na busca da implementação dos direitos fundamentais.

É valioso, não obstante, o reconhecimento da importância da função jurisdicional na tarefa de controle dos atos dos demais poderes, sejam comissivos, sejam omissivos, em relação a estes últimos no sentido não somente de que os poderes atuem, mas também de suprir a inação, tudo sempre em atenção à realidade existente, no que concerne às suas expectativas e as possibilidades fáticas de máxima realização,<sup>162</sup> pois, ademais, os deveres públicos de realização dos direitos fundamentais são dirigidos a todos os poderes.

Estas técnicas de garantias, por intentar diminuir o campo de discricionariedade estatal,<sup>163</sup> para sujeitar os poderes ao maior controle pela sociedade, também possuem relevante aplicação na evolução do raciocínio sobre a sindacabilidade dos direitos sociais e seus limites, porque sempre é oposto como barreira intransponível ao seu controle jurisdicional este campo de discricionariedade do legislador na concretização do projeto social, o que fecha as possibilidades de fiscalização pela sociedade da atuação do legislador.

Ora, hoje já se desenvolve até mesmo a idéia da responsabilidade civil do legislador no campo dos direitos sociais,<sup>164</sup> o que antes parecia âmbito inalcançável, desenvolvimento este

<sup>162</sup> Não basta agora pensar tão somente nas simples possibilidades fáticas existentes para a realização dos direitos sociais, sob risco de subsumir-se às impossibilidades sempre presentes. Deve-se perquirir, isto sim, as máximas possibilidades, como a evolução nos textos de Direito Internacional no campo dos direitos sociais já vem reconhecendo e impulsionando.

<sup>163</sup> Conferir CADEMARTORI, Sérgio. XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/DiegoApontamentosIAG.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2005. Estes autores concebem o sistema garantista como “uma técnica de diminuição da discricionariedade e de maximização das expectativas garantidas como direitos fundamentais”, chamando atenção para este importante aspecto do sistema garantista.

<sup>164</sup> Sobre o assunto, Andrade ao tratar da tutela dos direitos sociais, destaca a possibilidade de eventual responsabilidade por ação ou por omissão legislativa, em casos excepcionais, no campo da responsabilidade pública por atos ilícitos, no que concerne ao não-cumprimento da Constituição no tocante à proteção do direito ao mínimo de existência condigna. Conferir ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 416.

realmente efetuado à vista de uma perspectiva de maximização da esfera da ótica de controle social, de primazia da pessoa humana e da sociedade em relação aos poderes e da ampliação dos espaços de liberdades.

Não é de olvidar que esta diminuição do campo de discricionariedade estatal também atinge o Poder Judiciário, como os demais poderes, em virtude de restar sua atuação delimitada pelos vínculos normativos constitucionais, não podendo ser arbitrária.<sup>165</sup> Convém salientar que o cerne da teoria garantista diz respeito à limitação dos poderes, em prol da realização dos direitos fundamentais, razão pela qual nunca se coadunaria com tal perspectiva qualquer idéia de práticas absolutistas e autoritárias centradas no Poder Judiciário, que, como poder estatal, também se encontra vinculado às finalidades para as quais deve se voltar o Estado, quais sejam, aquelas destinadas à promoção do bem comum.<sup>166</sup>

Neste contexto é que o garantismo aponta para o dever de motivação das decisões judiciais quando do exercício do juízo de valor das normas, o que serve de limite para atuação do poder, dever este a afastar o decisionismo, constituindo uma garantia democrática indispensável ao controle social ao Poder Judiciário.

#### 2.1.8 Garantismo, direitos sociais e função jurisdicional: a necessária interação entre os métodos interpretativos

A teoria garantista constitui, consoante foi exposto, importante referencial teórico para o tratamento da problemática da efetividade dos direitos sociais, ao abrir perspectivas hermenêuticas para o intérprete, no sentido de proceder ao juízo de validade formal e substancial da norma inferior à vista da Constituição, em busca da maior efetividade.

Ora, grande parte dos direitos sociais permanecem previstos constitucionalmente sem a devida definição das garantias de sua realização. E, mesmo para aqueles que se encontram definidos e regulamentados, a estrutura estatal burocrática e clientelista apresenta-se

<sup>165</sup> A ressaltar esta circunstância, da contribuição da teoria garantista para a idéia da legalidade como vínculos normativos para a relativa liberdade dos julgadores, a fim de que evite o arbítrio judicial, conferir COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 144.

<sup>166</sup> Leal, ao abordar a perspectiva garantista de direitos humanos e Estado de Direito, destaca que os caminhos abertos pelo garantismo, diante do quadro de exclusão da sociedade hodierna, perpassa pela revisão do Estado Constitucional Clássico, para visualizá-lo como implementador e garantidor dos valores e princípios insertos nas Constituições, atribuindo ao Direito uma função também social e transformadora. Conferir

ineficiente para o seu cumprimento. Diante desta peculiaridade da normatização dos direitos sociais, o garantismo, ao propor o preenchimento deste vazio, intenta permitir que a norma consiga adequar-se e atender às necessidades reais enfrentadas pela sociedade e cumprir o seu papel de integração social.

Esta concepção do Direito como instrumento de transformações sociais e políticas torna-se muito importante diante do contexto drástico enfrentado pela Humanidade, que avizinha o acirramento dos conflitos em face da escassez de recursos, com o terrorismo e a guerra a colocar a própria existência humana em questão. Ademais, quando se observa que a própria lógica de vida não se volta para a primazia da dignidade humana, mas sim para o consumo e para a acumulação de riquezas.

A escolha é ceder diante da opressão do poder, seja estatal seja de fato, ou criticar este estado e instrumentalizar as mudanças tendentes ao alcance de uma realidade social mais igualitária e justa, como consagrada na ordem constitucional e nos instrumentos internacionais relativos aos direitos fundamentais.

No entanto, torna-se clara a necessidade de uma concepção aberta do Direito, em conexão com outras ciências, pois a revalorização do próprio Direito não significa que somente o âmbito jurídico poderá solucionar os graves problemas enfrentados na época contemporânea.<sup>167</sup> Esta é a visão da teoria garantista, que reconhece suas aporias, bem como admite sua visão prospectiva, na medida que evidencia que esta ação transformadora do Direito não poderá ser efetuada sem que as instituições políticas e jurídicas se encontrem amadurecidas, sem a realização de lutas sociais, sem adequação com o contexto cultural, histórico, político e econômico da comunidade.<sup>168</sup>

Este poder social consubstanciado nas lutas pelos direitos, na concepção garantista, é também fundamentado na soberania popular, da qual a representação política é apenas uma de suas expressões. Portanto, este poder social ou contrapoder social, que se manifesta através da participação dos indivíduos na sociedade, inclusive através dos meios de democracia direta,

---

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 93.

<sup>167</sup> Segundo Capra, o velho paradigma embasava-se da certeza do conhecimento científico, mas o novo paradigma reconhece que todas as concepções e todas as teorias científicas são limitadas e aproximadas. A ciência nunca pode fornecer uma compreensão completa e definitiva. Conferir CAPRA, Fritjof. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 49.

<sup>168</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 752-756.

interage com o poder político representativo no exercício da democracia, que alberga esta tensão dialética entre os dois poderes.<sup>169</sup>

Muitos alegam que todas as conquistas relativas aos direitos fundamentais são devidas à sociedade civil, o que não pode ser considerada errado. Tal não diminui o papel do Estado no cumprimento dos seus deveres em relação aos direitos fundamentais, pois as garantias institucionais constituem-se em conquistas da cidadania, na clássica concepção do direito a ter direitos e ampliada para todos os componentes da comunidade global. Daí também a necessidade do sistema jurídico encontrar-se aberto às normas internacionais.

Não obstante seja fundamental o papel da sociedade civil no tocante aos direitos fundamentais, não se pode concordar ser esta suficiente para intermediar a convivência civil, pois as forças do mercado e dos demais poderes privados existentes, como demonstra a experiência, muito mais provoca desigualdade social e exclusão. Não é possível, portanto, assegurar que este caminho de supressão da atuação estatal em diversos campos da vida social não seja apenas o retorno a um estágio anterior de completa ausência de proteção aos indivíduos e farto descontrolo de poderes privados.<sup>170</sup>

A ótica garantista, por sua vez, não ignora que tais lutas sociais se travam também no campo internacional. Esta também é uma das grandes qualidades da teoria, pois, não obstante revigore o Constitucionalismo, sua concepção alberga também os valores fixados nos instrumentos internacionais, tanto que propõe sejam lançadas as bases para a construção de um ordenamento constitucional internacional.

Esta influência da esfera internacional no Direito Constitucional, inclusive no que se refere ao Poder Constituinte, hoje é uma realidade em grande parte dos ordenamentos constitucionais de vários Estados e demonstra, também, esta vinculação do Estado aos valores éticos consagrados pela consciência universal dos povos nos instrumentos internacionais, de carácter universal e regional.

Neste contexto, a teoria garantista pode contribuir para enfatizar o dever de o intérprete proceder à análise da violação dos direitos fundamentais à vista dos valores humanos insertos

<sup>169</sup> Conferir FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 757.

<sup>170</sup> López Calera entende, com base na experiência, ser injusto deixar a vida económica ao jogo das forças e poderes desiguais, sem observância dos princípios de liberdade e igualdade, através da proposta neoliberal de recuperação da sociedade civil, para entender que o Direito ainda pode ser hoje um importante instrumento de igualdade e liberdade social e propor uma refundação do Estado, o que requer uma maior democratização do Estado e da sociedade, com a maior participação de grupos e indivíduos. Esta tensão indivíduo-sociedade civil-Estado é vista por López Calera como um processo contínuo de democratização. Conferir LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Yo, el Estado**. Madrid: Trotta, 1992. p. 24, 28 e 80.

nos textos internacionais, ampliando a dimensão da atividade interpretativa, para incluir o contexto global.

Não é de se olvidar que na esfera internacional a sociedade civil tem conseguido obter alguns avanços no sentido de ampliar o controle dos direitos sociais e exigir que sejam mais efetivos. Diante da interação entre ordenamento nacional e internacional, poderá, portanto, por exemplo, o órgão jurisdicional nacional, dentro dos parâmetros fixados pelo direito interno, tomar por base a jurisprudência internacional para fixar conceitos necessários ao exame de casos de violações aos direitos fundamentais.

Denote-se que o garantismo enfatiza a função do controle de constitucionalidade das leis e práticas estatais e privadas, sendo a Constituição exatamente a porta de entrada para interação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por isso também hoje já vem sendo reconhecido esteja o Poder Constituinte Originário conformado por tal Direito,<sup>171</sup> bem como aberto aos aportes da globalização, do Direito Comunitário e do Direito das Organizações Internacionais.

Os influxos da globalização econômica e do neoliberalismo pretendem enfraquecer a normatividade da Constituição, principalmente no que concerne às normas principiológicas, afetando, diretamente, os direitos fundamentais, o que também se reflete diretamente na percepção do Estado.<sup>172</sup> O garantismo, no entanto, questiona este processo, apresenta reflexões sobre a sua propriedade, aponta o distanciamento que provoca para o atendimento dos direitos fundamentais e destaca a importância da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como do Estado, no sentido de reorientar este movimento que em nada favorece os valores humanos, de primazia da vida.

Um dos aspectos positivos da teoria garantista, outrossim, é esta visão global dos problemas sociais, porque não considera tão somente a realidade européia, que apresenta nível muito mais avançado no que concerne à satisfação dos direitos sociais dos seus cidadãos. Ao contrário, o garantismo critica esta disparidade social entre países ricos e pobres, como também, nos primeiros, a negação de reconhecimento dos direitos fundamentais aos imigrantes.

---

<sup>171</sup> Conferir OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Conjuntura Internacional, transformações do Estado, realinhamento e desubstancialização da Constituição.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto634.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2005.

<sup>172</sup> Conferir OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Conjuntura Internacional, transformações do Estado, realinhamento e desubstancialização da Constituição.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto634.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2005.



É claro que cada país possui suas condições culturais, sociais, políticas e econômicas próprias para o desenvolvimento dos direitos sociais. É arriscado, porém, propor teorias que melhor se ajustem aos países desenvolvidos, em que as instituições políticas e democráticas estão mais amadurecidas, a sociedade civil está mais organizada, países estes que conheceram um efetivo Estado de bem-estar social, sem possuir esta visão global das disparidades gritantes do planeta, com apresentação de condições políticas e sociais totalmente diferentes. E ainda, deve-se reconhecer o jogo de forças do cenário político mundial que não favorece a superação de tais obstáculos para os países periféricos.

Esta concepção global da teoria garantista, que reafirma também o poder de transformação dos valores contidos nas normas internacionais, é afinada com o novo paradigma das ciências sociais, a exigir uma nova forma de raciocinar que considere a sociedade global conjugada ao aspecto local, que também deve ser transposto para as ciências jurídicas. A globalização provocou esta nova perspectiva de dimensão do desenvolvimento do raciocínio, sendo necessário congregarem-se o local (diversidade) e o global, dadas as suas influências recíprocas, para a formulação de novos conceitos, interpretações, etc.<sup>173</sup>

Um traço importante da teoria garantista, por seu turno, é reforçar o papel da função jurisdicional no avanço da efetividade dos direitos sociais, por admitir a sua acionabilidade, tudo com base nos deveres públicos impostos constitucionalmente a todos os poderes. Como bem observa Pisarello, ao pensar como tarefa do Estado Social Constitucional o aumento das garantias, para obtenção de maior democracia, o constitucionalismo deve ser um instrumento de autocontenção política, econômica e ecológica da acumulação de poderes e reconstrução da solidariedade entre os membros mais vulneráveis da sociedade.<sup>174</sup>

Não obstante o contributo da teoria garantista de Ferrajoli para repensar o papel da função jurisdicional, verifica-se que não houve um desenvolvimento das garantias das demais esferas públicas estatais e não estatais. Em questão, no tocante à mencionada circunstância, deve-se lembrar que a teoria garantista não se apresentou como modelo acabado, nem fechado, podendo ser vista como um ponto de partida para o amadurecimento das idéias relacionadas ao reforço do sistema de garantias. Ademais, Ferrajoli fez a devida correlação da implementação do projeto garantista com a luta das forças sociais, incluído a democracia representativa e a democracia direta.

<sup>173</sup> Conferir IANNI, Octávio. Globalização: novo paradigma das Ciências Sociais. In: ADORNO, Sérgio. (Org.). **A Sociologia entre a modernidade e a contemporaneidade**. Porto Alegre: 1995. p. 13-14.

<sup>174</sup> Conferir PISARELLO, Gerardo. **Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em:

O desenvolvimento de um modelo de garantias mais ampliado, ou, um sistema múltiplo de proteção aos direitos sociais, é concebido por Pisarello, influenciado nitidamente pela teoria garantista.

Pisarello propõe uma rede normativa que abranja tanto as garantias político-institucionais, que se ajustam às garantias primárias definidas por Ferrajoli, ou seja, as próprias obrigações positivas e negativas, dirigidas ao legislador e ao administrador público, quais sejam de não-regressividade, de progressividade, de proteção das pessoas ante os agentes privados e de informação, publicidade e justificação dos atos e omissões do legislador e administrador, bem como as garantias jurídico-constitucionais, incluídas as ações jurisdicionais, as Defensorias Públicas, as Comissões de Direitos Humanos, etc., além das garantias sociais, através da promoção de múltiplos espaços cidadãos em condições de assegurar socialmente a eficácia das garantias institucionais e aprofundar uma cultura constitucionalista em matéria de direitos sociais, para fins de pressionar e participar mais efetivamente da formulação e ativação das garantias institucionais dos direitos sociais e procurar mecanismos de autotutela dos mesmos.<sup>175</sup>

Ao aludir às garantias jurídico-constitucionais, Pisarello bem observa que não se trata de uma mera substituição do legislador e do administrador pelo juiz, mas sim de exigir a observâncias dos limites constitucionais à discricionariedade no cumprimento dos direitos sociais. Observa que para evitar a expropriação jurisdicional dos conflitos das sedes legislativas, têm sido utilizados controles do tipo preventivo e recomendações ao legislador para instá-lo a que, em um determinado prazo, rediscuta e reforme ele mesmo a legislação no caso de concessão de compensações insuficientes em matéria de direitos sociais. Atenta para a necessidade de se buscarem meios para impulsionar e expandir o debate democrático acerca do “indecidível”.<sup>176</sup>

Pisarello sugere, inclusive, a possibilidade de requerimentos dirigidos ao legislador para que informe, tornando público, se está utilizando todas as medidas possíveis e até o máximo de recursos para a satisfação dos direitos sociais, como também aventa a possibilidade de serem exigidas compensações e indenizações nos casos concretos de violações provenientes

---

<[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15\\_03.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2005.

<sup>175</sup> Conferir PISARELLO, Gerardo. **Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15\\_03.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf)>. p.81-107>. Acesso em: 05 abr. 2005.

<sup>176</sup> Conferir PISARELLO, Gerardo. **Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em:

tanto dos poderes públicos como dos poderes privados, o que abrange a hipótese de responsabilidade administrativa do Estado e dos prestadores de serviços públicos e responsabilidade civil dos particulares.<sup>177</sup>

Ao criticar as posições restritivas à acionabilidade dos direitos sociais, sob argumento da demasiada vagueza da maioria das normas referentes aos mencionados direitos, Pisarello atenta para a dificuldade de interpretação, de que não estão isentos os outros direitos constitucionais, que obriga a conceber a certeza jurídica não como ponto de partida, mas como produto e ponto de chegada. Argumenta que a vagueza não significa ininteligibilidade e que constitui dever dos operadores jurídicos aperfeiçoar o sentido da norma, através do exercício de uma hermenêutica controlada e devidamente motivada, que pode ser feita pelos órgãos jurisdicionais ou, no âmbito internacional, por comitê de peritos.

A proposta de Pisarello é esta recriação e reforço das garantias constitucionais: políticas, jurisdicionais e cidadãs, no plano local, regional, estatal e internacional, em especial dependente da formação de múltiplos atores sociais, institucionais e extra-institucionais, capazes de fazer valer os direitos sociais, sem qualquer posição privilegiada.<sup>178</sup> Aperfeiçoa a proposta garantista, ao agregar a questão política e social à jurídica, no que concerne à implantação do sistema de garantias, que, como concebido por Ferrajoli, foi criticado por basear-se em uma visão essencialmente jurídica.

A visão de Pisarello, portanto, desenvolve as idéias contidas na teoria garantista, trazendo maiores subsídios para a implantação de um sistema mais completo de proteção aos direitos sociais. Denote-se que tanto Pisarello como Ferrajoli destacam a possibilidade do exercício de uma hermenêutica por parte dos juízes no tocante aos direitos sociais, nunca arbitrária, mas controlada e motivada. É preciso, portanto, romper este tabu da não acionabilidade dos direitos sociais, para que se possa delinear as possibilidades da atuação jurisdicional neste campo. As objeções efetuadas, relativas aos conteúdos indeterminados na matéria, à intangibilidade do âmbito discricionário do legislador e do administrador, da ausência de legitimidade democrática do julgador, devem ser objeto de análise crítica acurada.

Ao destacar a aceitação de garantias jurisdicionais para os direitos sociais, o garantismo enfatiza a posição igualitária da função jurisdicional em relação às demais funções estatais

---

<[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15\\_03.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2005.

<sup>177</sup> Conferir PISARELLO, Gerardo. **Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15\\_03.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2005.

<sup>178</sup> Idem, ibidem, p. 104-105.

(legislativa e executiva), propiciando que o Poder Judiciário retome o seu lugar e assuma sua responsabilidade na dinâmica estatal e social, para superar a visão tradicional, em muito advinda da concepção de Montesquieu que acabou por relegá-lo a um segundo plano, um poder de certa forma nulo, inferior aos demais, já que o autor lançou a máxima de que o juiz não é senão a boca da lei, ser inanimado que não pode moderar a força e o rigor da lei.<sup>179</sup>

É de se ver que a hermenêutica garantista é destacadamente axiológica, já que conjuga o juízo de validade formal e substancial, bem como incentiva uma postura crítica e eminentemente criativa e concretizadora dos juízes, em face de sua responsabilidade, como membro de um dos poderes estatais, na construção de uma melhor estrutura democrática e social do Estado.

Como todas as teorias que viabilizam um maior juízo valorativo e criativo por parte do julgador, também estabelece parâmetros de controle da decisão judicial, ao exigir a fundamentação das decisões judiciais, bem como submeter o juiz aos valores constitucionais, tudo para afastar a hipótese do autoritarismo.

Não é de se olvidar, contudo, que não obstante o seu contributo para a atividade hermenêutica, a teoria garantista deve ser conjugada com diversas outras técnicas de interpretação necessárias à difícil e complexa tarefa de julgar e interpretar, de modo geral.

No caso dos direitos sociais, especial relevo é de se dar à interpretação principiológica, tendo em vista que tais direitos são plasmados, de forma geral, em princípios, valores informativos de todo o sistema constitucional, que devem ser cotejados com diversos outros valores dispostos no texto constitucional.

Os principais expoentes da teoria principiológica podem ser citados como Dworkin e Alexy. Dworkin concebe o direito como composto de regras e princípios, sendo as primeiras aplicáveis ao modo de tudo-ou-nada,<sup>180</sup> enquanto os princípios constituem *standards* do sistema consistentes em um padrão de justiça ou equidade ou outra dimensão de moralidade, os quais possuem uma dimensão de importância a ser aferida na solução do caso concreto.

A contribuição de Dworkin veio reforçar a concepção dos princípios como normas, a impor deveres, acentuando a sua importância no ordenamento jurídico, mormente para serem utilizados como argumentos de razão para as decisões judiciais e vetor para a interpretação

<sup>179</sup> Conferir MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 172. Outrossim, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito** – uma introdução política do direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 26, entende que, dentro da teoria de Montesquieu, o equilíbrio é realizado apenas entre o Poder executivo e o Poder legislativo, em face ao tratamento que é dado por Montesquieu ao Judiciário.

<sup>180</sup> Conferir DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

constitucional, em especial por se encontrarem os princípios positivados na sua maioria nas constituições.<sup>181</sup>

Alexy, por seu turno, reforçou o tratamento dos princípios como normas, bem como teorizou a diferença entre regras e princípios: as primeiras podem ser cumpridas ou não<sup>182</sup>, enquanto os segundos são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Não são mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Os princípios, portanto, podem ser objeto de cumprimento em diferentes graus e dependem das possibilidades jurídicas e reais verificadas. Concebe como princípios não somente os direitos fundamentais dos indivíduos, mas também as normas que determinam a persecução dos objetivos da comunidade, abrangendo, assim, os direitos sociais.

Alexy também teorizou vetores para reger a solução sobre a colisão entre princípios, para aduzir que, do exame do caso concreto, é possível aferir o peso maior de um princípio em relação a outro, devendo prevalecer aquele de maior peso. A partir de tal idéia, Alexy amadureceu a atividade de ponderação entre os princípios em jogo e a avaliação das possibilidades fáticas e jurídicas de realização, materializando a proporcionalidade, sendo as possibilidades fáticas as circunstâncias que devem ser aferidas para o juízo de adequação e necessidade, enquanto as possibilidades jurídicas consistiriam na proporcionalidade em sentido estrito.<sup>183</sup>

Esta visão principiológica da Constituição é fundamental para a interpretação das normas relativas aos direitos sociais e os conflitos relacionados à sua efetivação, porque, para aqueles que não possuem conteúdo definido, nem previsão de meios de concretização, o intérprete deverá aferir as possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização, bem como cotejar os outros valores, princípios e bens jurídicos em jogo, tudo a fim de possibilitar a sua máxima concretização.

Outra premissa interpretativa que possui bastante relevo para os conflitos relacionados à falta de efetividade dos direitos sociais, é aquela concernente à abertura do sistema, teorizada por Habermas, no sentido de que a atividade interpretativa é realizada por toda a comunidade,

---

<sup>181</sup> Uma análise detalhada sobre a evolução da teoria dos princípios pode ser vista em BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 228-266.

<sup>182</sup> Conferir ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 66-67.

<sup>183</sup> Idem, ibidem, p. 89, 111-113.

não sendo exclusiva dos órgãos julgadores.<sup>184</sup> O direito se realiza na sociedade todo o tempo. A comunidade de intérpretes deve ser ampla, incluindo diferentes atores sociais, sindicatos, partidos, órgãos estatais, etc. Esta concepção plural do Direito é essencialmente democrática e exige o controle social das decisões judiciais, já que reconhece que a produção e realização dos direitos não são exclusivas dos órgãos estatais.

Como no garantismo, há uma grande valorização da interpretação judicial. Esta idéia pluralista é importante para atribuir a diferentes atores sociais a postura crítica e criativa na interpretação e concretização dos direitos.

O reforço da juridicidade, ressaltado por Hesse, para salientar o poder de transformação da realidade através do direito, ou mais exatamente, da Constituição, a fim de submeter os fatores reais de poder a uma ordem estatal justa, voltada aos valores humanos que viabilizam o bem comum, também constitui em importante argumento interpretativo que reforça a teoria garantista.<sup>185</sup>

Hesse destaca, também, a dependência do Direito Constitucional das “ciências da realidade mais próxima”, como a História, a Sociologia e a Economia,<sup>186</sup> a evidenciar a importância dos dados econômicos, culturais, sociais e técnicos para aferição do contexto de aplicação da norma, sejam trazidos pelas partes, sejam por peritos.

Destarte, é de se reconhecer o grande potencial argumentativo e contributo teórico fornecido pelo garantismo como método hermenêutico para a solução dos conflitos relativos aos direitos sociais, que deve ser congregado com outras técnicas e métodos de interpretação, pois esta amplitude de visões, este sincretismo entre os diversos métodos, é indispensável para a atividade interpretativa.

#### 2.1.9 A fundamentação como garantia da cidadania

Dentro do contexto traçado pelo garantismo, a atividade jurisdicional é concebida como eminentemente criativa. Mas, se por um lado, tal atividade demanda um grande campo de

<sup>184</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 12-13, 15 e 41.

<sup>185</sup> Conferir HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p. 24.

<sup>186</sup> Conferir HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991. p. 26.

criação por parte do julgador, ressentir-se a sociedade de meios que possam aferir a propriedade do resultado produzido, como também estabelecer meios de controle da produção da decisão judicial, a fim de afastar o arbítrio irresponsável. Esta é uma das grandes preocupações da atualidade.

Na teoria garantista, estas garantias são estabelecidas tanto no dever de fundamentação, na independência do julgador, como também na observância dos valores constitucionais que vinculam todos os poderes estatais, que impõem a aferição da legitimidade substancial e formal das decisões judiciais.

De fato, para oferecer à sociedade garantias da obtenção de um julgamento justo e imparcial, foram estabelecidas premissas voltadas para a imparcialidade do julgador, como a independência e a autonomia, como também a existência de recursos e a publicidade das decisões, sem esquecer a hipótese de responsabilização dos magistrados.

Além destas garantias, apresenta-se revestida de fundamental importância para a coletividade exercer um juízo de valor sobre as decisões judiciais a sua motivação, isto é, a exposição de seus elementos fundamentadores.

Através da análise crítica da motivação extraem-se elementos demonstradores da racionalidade ou não do resultado obtido, divulga-se para a população em geral os motivos da decisão, proporciona-se a apresentação de recursos pelas partes, tudo em prol de alcançar o convencimento do grande público que acompanha a resolução dos litígios sociais.<sup>187</sup>

Ferraz Jr. identifica o conceito de decisão com um processo de aprendizagem, que engloba o impulso, a motivação, a reação e a recompensa, portanto, um procedimento que tem por momento culminante a resposta. A questão da legitimidade interligar-se-ia com a justificação da resposta. O autor correlaciona, ainda, o ato decisório com uma situação comunicacional, englobada em um sistema interativo global.<sup>188</sup>

Prosseguindo em seu raciocínio, Ferraz Jr., ao conceber a decisão como um ato de comunicação, aponta ser o ato de decidir um discurso racional, já que dele se exige fundamentação, devendo ser comprovado. A comprovação significa que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso, cuja necessidade sequer se afiguraria, pois mesmo a

---

<sup>187</sup> DWORCKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110, menciona possuir toda a comunidade seus paradigmas que servem de modelo para a aferição das decisões, cuja violação pode sugerir corrupção ou ignorância.

<sup>188</sup> Conferir FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994. p. 310-311.

decisão que não alcançasse a adesão dos destinatários configurar-se-ia um discurso fundamentante (racional).<sup>189</sup>

Concorda-se com a idéia de refletir a decisão também um processo de aprendizagem, uma vez que toda a sociedade interage em torno da solução dos conflitos. Às vezes, como se sabe, a decisão de um processo entre determinadas partes, gerando pacificação social, atua como solucionadora de inúmeros outros litígios que não chegam a ser postos judicialmente.

A idéia de interação de toda a sociedade através dos litígios judiciais apresenta-se correlacionada com a necessidade de discussão pública que tão bem caracteriza a democracia.

Não se concorda, todavia, que a questão da legitimidade das decisões judiciais se subsuma tão somente a obediência a um procedimento, a um conjunto de regras traçadas para assegurar a imparcialidade do julgador, à participação das partes, etc. Não obstante tal aspecto possuir especial relevância em todo o processo decisório, não se pode descurar do conteúdo de justiça em si que deverá conter a solução a ser adotada. É impossível conceber como legítima uma decisão judicial tão somente em virtude da observância dos procedimentos, sendo indispensável também aferir o seu conteúdo axiológico correspondente às suas características de adequada, justa e razoável.

O próprio Ferraz Jr., ao discorrer sobre o fundamento do direito, destaca o principal dilema da questão da legitimidade das decisões judiciais na sociedade contemporânea, isto é, se o tecnicismo ou cientificismo não acarretará o distanciamento do fundamento de justiça das decisões judiciais. Ferraz Jr. destaca que a concepção do direito de uma forma instrumental, qual seja, de um meio para realização de um fim, faz com que a dogmática relacione-o a uma finalidade futura. Salienta que quanto mais tais fins se relacionam com o futuro, mais se enfraquece a plausibilidade das decisões judiciais.

Ressalta Ferraz Jr. fornecer a dogmática esquemas teóricos que se transformam em instrumentos de controle social. A concepção da dogmática como saber instrumental transforma a sua real eficácia no alcance do fim visado. Quanto mais longe o fim, maior a necessidade de fundamentação e quanto maior esta for, menos plausibilidade alcançam os fundamentos. Trata-se, portanto, de um círculo, pois a prioridade da eficiência técnica erodiria as tradições culturais, o qual esvaziaria a legitimação do direito e do saber jurídico em termos

---

<sup>189</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1994. p. 322.



de uma ordem justa.<sup>190</sup> Ao final, bem preleciona que o direito, privado de moralidade, perde o seu sentido.<sup>191</sup>

Esta é a questão crucial a respeito da legitimidade das decisões judiciais, qual seja, se os meios, instrumentos e técnicas de controle, enfim, se a teoria racional desenvolvida em prol da fundamentação não representará um esvaziamento do conteúdo de justiça das decisões judiciais. A doutrina positivista, levada ao extremo, foi um meio de controle da atuação jurisdicional que se transformou em usurpador do senso comum. Destinada, a princípio, a proporcionar segurança e certeza jurídica à sociedade, transmutou-se em uma camisa de força para o julgador, a impedir a atividade criativa e a postura crítica, a ponto de ser apresentada como fundamento de validade para as piores injustiças praticadas contra a coletividade.

Temerário, ainda, apresenta-se o desenvolvimento de técnicas de argumentação dissociadas da conexão com a sociedade, baseadas puramente na razão, para olvidar da ponte que representa a atuação jurisdicional entre o ordenamento jurídico abstrato e a realidade.

Neste contexto, defende-se que a teoria garantista traz importante subsídios para aferição da legitimidade das decisões judiciais, na medida em que, ao elemento formal, agrega o substancial, qual seja, de adequação da atividade jurisdicional aos valores e vínculos impostos na ordem constitucional. Ferrajoli insere a moral como critério de avaliação de legitimidade da atuação de todos os poderes.

Atente-se, também, ser a decisão judicial uma atividade eminentemente humana, portanto também composta de sentimento, de intuição, de razoabilidade, de senso comum. Aliás, em era de globalização, de internet, de células-tronco, de super-população, de escassez de recursos naturais, enfim, de conflitos nunca dantes enfrentados, hoje a ciência, de modo geral, faz um retorno em busca do sentimento, em virtude da razão, de forma isolada, não apresentar resposta satisfatória aos problemas que surgem na complexa sociedade contemporânea.<sup>192</sup>

Atualmente, ao discutir-se os caminhos da ciência, o que mais se combate é a fragmentação do conhecimento, com a excessiva especialização, e o uso exclusivo da razão para a solução dos problemas contemporâneos.

---

<sup>190</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 347-349.

<sup>191</sup> Idem, ibidem, p. 358.

<sup>192</sup> Neste sentido, a abordagem efetuada sobre a pesquisa nas ciências jurídica por MORAES, Germana de Oliveira. **A importância da pesquisa das ciências jurídicas na era pós-moderna**. Disponível em: <<http://online1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/default.php>>. Acesso em: 20 abr. 2005.

Há, portanto, a necessidade de interação da ciência jurídica com as outras ciências, sociais, econômicas, antropológicas, históricas, econômicas, etc.

Neste contexto, as diversas teorias trazem luzes e caminhos para nortear a fundamentação da legitimidade das decisões judiciais, não sendo possível centrar-se somente em determinados aspectos do processo de construção das decisões judiciais, sejam apenas embasados na razão, sem cotejo com a emoção, o sentimento, a criação, próprios da natureza humana, sejam restritos ao método analítico, empírico ou sociológico, sem descuidar da importância de cada raciocínio jurídico desenvolvido. Pugna-se pelo sincretismo metodológico, que requer a indispensável interconexão da ciência jurídica com outras ciências correlatas, como a economia, a sociologia, a estatística, a matemática, etc.

Não se pode concordar com a legitimidade advinda unicamente do procedimento, por que a aceitação da decisão judicial também advém dos cidadãos acreditarem na obtenção da decisão mais justa advinda de um órgão imparcial e independente, em uma dinâmica social de permanente análise de tais decisões.

Ademais, defende-se que a força das decisões judiciais não advém da mera previsibilidade executória, mas sim da crença da comunidade no seu conteúdo íntegro, adequado e justo. Desta feita, as decisões judiciais obtêm sua legitimidade pelo convencimento, não só pela discussão pública viabilizada, mas também por seu conteúdo de justiça. Neste processo, fundamental se apresenta a condição humana do julgador.

Capra, ao se reportar à nova concepção da cognição, reflete no sentido de que o processo de conhecer é muito mais amplo que o de pensar, por envolver percepção, emoção, ação — todo o processo da vida. Aduz que a cognição também inclui a linguagem, o pensamento conceitual e os demais atributos da consciência humana e, ainda, que a concepção geral é muito mais ampla e não envolve necessariamente o pensar.<sup>193</sup>

Torna-se necessário assim, como no sempre presente dilema da ciência jurídica, conjugar segurança e certeza jurídica com transformação e adequação à realidade social, elementos tão necessários para a legitimidade do Direito, a fim de intentar expandir as condições necessárias ao exercício da cidadania para o maior número possível de indivíduos componentes da comunidade.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> CAPRA, Fritjoff. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 49.

<sup>194</sup> Rosa aduz que a análise garantística das normas infraconstitucionais, informadas pela compreensão aberta da Constituição, pode ensejar a reconstrução de uma cidadania participativa, atenta à possibilidade de

### 2.1.10 O Garantismo como novo paradigma de jurisdição constitucional

Ao abordar o garantismo, verificou-se que as suas técnicas de interpretação dizem respeito diretamente ao controle de constitucionalidade das leis e das práticas efetivas, inserindo-se o maior ou menor atendimento dos direitos fundamentais como elemento de validade substancial das leis.

Além disso, o garantismo desenvolve a questão da legitimidade substancial do Estado e dos poderes estatais a partir dos deveres constitucionais de atendimento dos direitos fundamentais, seja por ação ou por omissão. Portanto, a legitimidade de um sistema jurídico será aferida pela maior ou menor existência de garantias, isto é, estruturas e instrumentos hábeis a defender, proteger e tutelar os direitos fundamentais.

Esta ótica garantística, isto é, da avaliação do modelo jurisdição constitucional a partir de sua capacidade de tutela dos direitos dos cidadãos, em especial frente ao Estado, tem repercutido em vários ordenamentos jurídicos.

A idéia e a importância da jurisdição constitucional resultou da evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial que veio estabelecer premissas fundantes dos mais diversos sistemas jurídicos traduzidas, em especial, na supremacia da Constituição,<sup>195</sup> em prol da harmonia e da segurança do ordenamento jurídico, assim como da realização da democracia.<sup>196</sup>

A doutrina constitucional identifica dois grandes sistemas clássicos de controle de constitucionalidade adotados no mundo ocidental: o modelo difuso, melhor exemplificado pelo ordenamento jurídico norte-americano, que permite a análise da constitucionalidade em face do caso concreto por parte de todos os órgãos jurisdicionais e o modelo concentrado,

---

transformação social pelo Direito. Conferir ROSA, Alexandre Morais. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

<sup>195</sup> À título ilustrativo, ver BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 67-69, v.11, que, no Brasil, bem investigou e propagou a teoria norte-americana da jurisdição constitucional, a par do desenvolvimento “da idéia elementar de justiça organizada nas Constituições escritas, e sobretudo nas Constituições Federativas”, para destacar que “a idéia prima das federações é a limitação do poder legislativo pela Constituição e a expansão do poder judiciário como órgão supremo da hermenêutica constitucional”. Outrossim, a partir da mesma idéia da supremacia da Constituição, como “fundamento do Estado” e “ponto de equilíbrio das forças políticas no momento considerado” e da limitação da produção do Parlamento pela Constituição, Kelsen também desenvolve outro modelo de controle de constitucionalidade exercido por um único tribunal constitucional, a partir de sua experiência como membro e relator permanente da Suprema Corte Constitucional da Áustria, senão ver KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130 e 150.

<sup>196</sup> Neste sentido, bem observado por KELSEN, Hans, *ibidem*, p. 182, ao conceber a jurisdição constitucional como “meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria”, para identificar a essência da

bem mais presente nos países da Europa, a atribuir o exame da constitucionalidade a um único Tribunal Constitucional, normalmente em nível abstrato.<sup>197</sup>

Denote-se ser observada, hodiernamente, uma convergência entre estes dois modelos, com a mitigação de tais características, seja para destacar o papel da Corte Suprema do sistema de controle difuso assemelhado a um Tribunal Constitucional, dada a observação empírica da raridade da análise de questões não constitucionais, com a adoção de métodos e técnicas de seleção dos assuntos a serem examinados, de modo a eleger para exame as questões constitucionais, seja pela tendência de ampliação do acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional no sistema de controle concentrado.<sup>198</sup>

Após reportar-se aos dois conhecidos sistemas de controle de constitucionalidade, quais sejam, o concentrado e o difuso, Rubio Llorente propõe uma nova concepção de diferenciação, baseada no principal centro de atenção do sistema, para identificar dois deles: o modelo que se propõe a assegurar a constitucionalidade da lei e o modelo voltado à garantia dos direitos.<sup>199</sup>

Sem descurar dos pontos de interseção dos mencionados modelos teóricos, ao reconhecer que aquele centrado na lei também serve de instrumento de efetivação de direitos, reflete ser a garantia dos direitos, neste último, efetuada somente através da lei, enquanto que no outro modelo se extrai diretamente da Constituição, sendo o controle de constitucionalidade da lei tão somente um dos meios de assegurar os direitos.<sup>200</sup>

No modelo centrado na lei, a postura do juiz constitucional é de um legislador negativo, nos moldes concebidos por Kelsen,<sup>201</sup> tendo tal modelo como elemento central o recurso de inconstitucionalidade direto, de forma a ser a impugnação da lei efetuada em termos

---

democracia “não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria”.

<sup>197</sup> Esta clássica distinção consta em RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional em Europa. In: RUBIO LLORENTE, Francisco. **Estudios sobre jurisdicción Constitucional**. Madrid: McGraw Hill, 1998. p. 153-173, o qual ressalta, todavia, ser um risco falar em um sistema europeu, por que hoje há muitas diferenças entre os vários sistemas constitucionais vigentes na Europa.

<sup>198</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional em Europa. In: RUBIO LLORENTE, Francisco. **Estudios sobre jurisdicción Constitucional**. Madrid: McGraw Hill, 1998. p. 153-173. Outrossim, a propósito desta convergência entre os dois sistemas clássicos, a demonstrar a influência do modelo do processo constitucional norte-americano na transformação dos sistemas constitucionais na Europa, em especial, após a Segunda Guerra Mundial, é importante ver o estudo efetuado em VIEIRA, José Ribas (Org.); MOURA, Francisco; ABREU, Igor de; MASTRODI, Josué; MARTINS, Manuela; TAMBURINI, Márcia Maria. **A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 9-31.

<sup>199</sup> Conferir RUBIO LLORENTE, Francisco, op. cit., p. 160.

<sup>200</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional em Europa. In: RUBIO LLORENTE, Francisco. **Estudios sobre jurisdicción Constitucional**. Madrid: McGraw Hill, 1998. p. 160.

<sup>201</sup> Conferir KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.153.

abstratos.<sup>202</sup> A respeito de tal modelo, Rubio Llorente sugere uma combinação do sistema do recurso direto de inconstitucionalidade com outras vias processuais provenientes do modelo centrado na defesa dos direitos, não obstante reconheça ser insuficiente tal combinação para eliminar outros defeitos do sistema, em especial o que situa o Tribunal Constitucional no centro da arena política, com conseqüente risco para sua autoridade.

A propósito do modelo centrado na defesa dos direitos, Rubio Llorente destaca ter como finalidade imediata a preservação dos direitos consagrados na Constituição, não a depuração do ordenamento, conseqüência esta produzida de forma derivada e secundária, para exemplificar como sistema enquadrado neste modelo o norte-americano da *judicial review*. Os chamados direitos civis podem ser invocados por via de ação ou exceção em qualquer instância, sendo possível a revisão de todas as decisões judiciais pela Suprema Corte.<sup>203</sup>

A seguir, Rubio Llorente salienta estar sendo observada há muito tempo a tendência a uma jurisdição constitucional centrada na defesa dos direitos, passando, portanto, do controle de constitucionalidade das leis para a sua aplicação, em especial na Europa. Destaca que a força expansiva dos direitos fundamentais e a consciência em prol de sua vigência possibilitam sejam ajuizados os mais diversos litígios constitucionais que os envolvem, sendo buscadas soluções técnicas para melhor viabilização dos recursos diretos dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, sem nunca ser questionada sua existência mesma.<sup>204</sup>

Assim sendo, Rubio Llorente identifica uma nova concepção da jurisdição constitucional como instrumento de proteção dos direitos do que como um meio de sujeitar o legislador à Constituição, não obstante as outras funções também desempenhadas pelo controle de constitucionalidade. Há, pois, uma evolução do modelo europeu originário para uma jurisdição com objetivo direto de resguardo dos direitos.<sup>205</sup>

Verifica-se, desta maneira, a clara concepção garantística da jurisdição constitucional que vem sofrendo expansão nos ordenamentos constitucionais, a fornecer subsídios para um novo paradigma de avaliação do modelo de controle de constitucionalidade e de instrumentalização deste controle.

No campo dos direitos sociais, esta concepção pode resultar em uma maior abertura para a sua sindicabilidade e a construção de novos instrumentos jurídicos para sua defesa,

---

<sup>202</sup> Conferir RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: RUBIO LLORENTE, Francisco. **Estudios sobre jurisdicción Constitucional**. Madrid: McGraw Hill, 1998. p. 160-162.

<sup>203</sup> Conferir RUBIO LLORENTE, Francisco, op. cit., p.165.

<sup>204</sup> Idem, ibidem, p. 169-171.

<sup>205</sup> Idem, ibidem, p. 172-173.

bem como a tomada de novos posicionamentos por parte do Poder Judiciário quanto às questões sociais.

Não é de olvidar, entretanto, que estas perspectivas dependem do amadurecimento das instituições democráticas e do contexto político, social, cultural, histórico e econômico da realidade de cada comunidade. Sempre há, porém, influências das tendências mundiais nos ordenamentos jurídicos internos, o que pode resultar na mudança do perfil da jurisdição constitucional, para melhor resguardo dos direitos fundamentais, em muitos países.

Ademais, deve-se atentar para a interação da ordem jurídica global e regional em relação à local, o que também serve de apoio para mudanças no sistema jurídico, voltada para uma concepção garantística da jurisdição constitucional.

### 3 A DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA: SOBERANIA POPULAR, PODER JUDICIÁRIO, LEGITIMIDADE E DIREITOS SOCIAIS

#### 3.1 Considerações iniciais: a questão da legitimidade

Um dos debates mais acirrados nas ciências jurídicas diz respeito à questão da legitimidade do poder. Investiga-se o motivo pelo qual as pessoas aceitam o comando de alguém ou de determinado grupo no exercício do poder e a ele obedecem, a ponto de torná-lo legítimo.

A identificação do motivo desta aceitação com o mero uso da violência e da coerção não é satisfatória para explicar esta relação. Nenhum poder consegue manter-se unicamente pela força, pois, mais cedo ou mais tarde, a população oprimida levanta-se contra os seus detentores. Aliás, o próprio direito de resistência à opressão é reconhecido aos cidadãos, implícita ou explicitamente, pelos ordenamentos jurídicos. Afigura-se inconcebível que um sistema jurídico e/ou político tenha por base tão somente o uso da violência para obrigar o seu acatamento. Ainda que conseguisse se sustentar, tal se daria de forma transitória, instável e autoritária.

Traçadas estas linhas, é de se ver que a legitimidade, de modo geral, diz respeito à idéia de aceitação ou aprovação obtida através de um consenso.<sup>206</sup> A qualidade de legítimo corresponde a um grau de aceitação da pertinência de algo, como o poder exercido, o ordenamento jurídico ou uma lei. Corresponde, em muito, na realidade, com a medida da satisfação das expectativas dos cidadãos em relação às decisões adotadas pelos governantes.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Sobre o assunto, conferir BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 215.

<sup>207</sup> Cademartori ressalta que um dos elementos da legitimidade refoge ao âmbito factual, para abranger os aspectos psicológicos e valorativos dos indivíduos. Conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 91. Do ponto de vista de Adeodato, a legitimidade é o termômetro que indica a adequação ou não entre o que os destinatários das normas esperam e desejam seja decidido e o que efetivamente decide a norma em vigor. Conferir ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 2; Wolkmer observa que a legitimidade situa-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos, que leva a obediência a transformar-se em adesão através de um consenso valorativo livre. Conferir WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84.

A legitimação, por seu turno, é o processo através do qual se obtém esta aceitação, mas também pode ser vista como a própria aceitação obtida<sup>208</sup>.

A fixação do conceito de legitimidade é indispensável ao desenvolvimento deste trabalho, mesmo porque esta recebeu e recebe diversas acepções, a depender do momento histórico e do marco teórico adotado.

A idéia da legitimidade sofreu um grande amadurecimento durante o percurso da história da Humanidade. Por muito tempo o poder político foi justificado através de valores simbólicos, como a religião, a divindade, etc.

As doutrinas modernas conceberam a legitimidade com base na razão humana e no pacto social efetuado pelos cidadãos para regulação da convivência civil. A soberania popular, como fonte de todo o poder, também foi assim idealizada nas teorias contratualistas, dando margem à consagração do sistema representativo como instrumento da obtenção de um consenso, para materialização das regras aceitas pela comunidade em lei, consubstanciada no princípio da legalidade.

Esta idéia da aceitação das leis como regras de cuja elaboração participou a própria comunidade, ainda que por seus representantes, é fundamental para a compreensão da legitimidade, a partir da era moderna.

Com a concepção positivista do sistema jurídico, por considerável período também se identificou a legalidade com a legitimidade, bastando, dentro deste raciocínio, a mera existência de base legal para que um sistema pudesse ser considerado legítimo, independentemente de seu conteúdo de justiça. A legitimidade exauria-se na juridicidade. Por sua insuficiência, contudo, para adequar-se à realidade social, tendo em vista que a compreensão avaliativa e isolada do Direito esvaziava o seu conteúdo, esta concepção foi gradativamente superada. A acepção estática do Direito não se adequava à dinâmica da realidade social.

Mais recentemente, as teorias funcionalistas fundamentaram a legitimidade no próprio exercício do poder. A legitimidade se adquire através do bom funcionamento do sistema, que se autojustifica. A observância dos procedimentos, legislativos, administrativos e judiciais, fornecem legitimidade ao sistema jurídico.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Para distinguir a legitimação como atividade, processo pelo qual o poder busca o reconhecimento, ou como produto, isto é, a obtenção do consenso, conferir CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 93.

<sup>209</sup> Conferir avaliação do enfoque funcionalista-sistêmico da legitimidade de Niklas Luhmann, por CADEMARTORI, Sérgio. Ibidem, p. 117-119.



Esta visão, contudo, pode autorizar seja considerado legítimo o poder, independentemente de seus resultados. Afigura-se, portanto, insatisfatória, pois descarta do ponto de vista externo ao sistema, isto é, o alcance dos valores axiológicos caros à comunidade, como a obtenção de uma ordem justa.

A teoria do discurso desenvolveu a idéia da justificação racional das decisões, sejam procedimentos formais, sejam conteúdos, como elemento de legitimidade do sistema. Nesta ótica, a motivação racional, apta a produzir uma decisão consensualmente aceitável, implicaria a legitimidade da decisão. A legitimidade é vista de forma mais afinada com a forma de obtenção da decisão, qual seja, o discurso racional ou o procedimento, do que com o conteúdo ético do resultado obtido, não obstante se exija que os elementos morais devam permear a argumentação racional.

Diante das reflexões sobre as concepções eminentemente formalistas da legitimidade, floresceram novas teorias para ressaltar o aspecto do conteúdo ético inserto na aferição da legitimidade.

A teoria garantista, como se viu no Capítulo II deste trabalho, procurou agregar ao elemento formal, isto é, a observância dos procedimentos e da competência dos órgãos integrantes do sistema, o aspecto substancial, qual seja, o atendimento aos mais altos valores éticos da comunidade traduzidos nos direitos fundamentais, elementos estes estabelecidos no acordo social consubstanciado na Constituição.

De fato, torna-se impossível basear a legitimidade tão somente no procedimento, sob risco de um sistema autoritário, formalmente correto, ser considerado legítimo independente de praticar as mais censuráveis injustiças contra seus cidadãos. A aferição da legitimidade, portanto, deve abranger também os valores e princípios que regem o sistema e o atendimento dos direitos fundamentais. Este conteúdo axiológico é essencial à concepção da legitimidade.

O consenso a ser obtido não pode ser fixado tão somente na observância dos procedimentos traçados para simbolicamente extrair a vontade da maioria, mas também deve abranger a justiça da decisão adotada e sua correspondência com valores ético-políticos da comunidade.

Não é de olvidar, todavia, que há um grande embate doutrinário atualmente a respeito do ponto de vista que melhor avalie a idéia da legitimidade, em especial distinguindo-se duas grandes vertentes: as visões procedimentalistas, a destacar a importância dos procedimentos, e aquelas substancialistas, a enfatizar o ponto de vista dos conteúdos.

Por seu turno, deve-se ter em mente que a legitimidade, como intimamente dependente de valores culturais e históricos de uma comunidade e afeita a uma determinada realidade social, deve ser vista de forma dinâmica e pluralista, a depender, inclusive, do conceito das instituições políticas perante os cidadãos.

O dissenso é inerente à natureza humana e a democracia comporta esta pluralidade e diversidade social, portanto, não se pode requerer a unanimidade para obtenção da legitimidade, mesmo porque os questionamentos e críticas são importantes para o aperfeiçoamento da organização política e de seus mecanismos. O problema se faz quando a rejeição ao sistema, ao governo e à ordem jurídica é maior que a sua aceitação.

Atualmente os poderes estatais sofrem uma grande crise de legitimidade, tendo em vista que a sua atuação não corresponde ao que os governados esperam do Estado, bem como se distancia da busca pelo atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste contexto, a crise dos direitos sociais encontra-se interligada à crise do poder político, considerando que o Estado não tem conseguido conduzir com eficiência o projeto econômico e social traçado constitucionalmente, nem solucionar os inúmeros conflitos emergentes diante da complexidade das relações sociais.<sup>210</sup>

Esta crise também pode ser atribuída à complexidade da estrutura estatal, que dificulta a compreensão por parte dos cidadãos dos mecanismos de obtenção das decisões e provoca o seu distanciamento da condução dos negócios públicos, contribuindo para provocar uma lacuna muito maior entre as decisões estatais e as expectativas e necessidades da grande maioria da população.

A perpetuação da pobreza e da exclusão, por seu turno, retira as possibilidades de participação igualitária das pessoas no processo de tomada de decisões políticas e econômicas, a erodir, ainda mais, as perspectivas de legitimidade.

Por seu turno, os governantes necessitam de uma certa margem de liberdade para a tomada de decisões referentes à escolha dos meios e métodos de efetivação do projeto econômico e social que viabilize o bem estar da população, mas, como o exercício de todo poder, esta opção política também não deve significar a arbitrariedade.

Dentro destas lutas e insatisfações observadas na comunidade, na tentativa de aproximar as decisões estatais da satisfação das necessidades vitais das pessoas, para imprimir maior legitimidade à atuação do Estado, a fim de se volte para seus fundamentos, surge o

---

<sup>210</sup> Adeodato observa que toda crise social das sociedades complexas parece decorrer de crises do centro do poder político, já que as decisões adotadas não vêm sendo efetivas na absorção dos conflitos. Conferir ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 7.

questionamento a respeito da possibilidade de controle jurisdicional desta margem de liberdade de atuação dos governantes.

Como empecilho para este controle jurisdicional, todavia, argumenta-se não existir legitimidade democrática para o seu exercício. Verifica-se, portanto, que a análise de tal questão dependerá da aceção de legitimidade que se deva adotar, como também da dimensão da democracia que se pretenda alcançar.

### **3.2 A objeção à atuação jurisdicional efetivadora dos direitos sociais: o Poder Judiciário é democraticamente ilegítimo?**

Os direitos sociais, consoante o panorama traçado no capítulo I, sofrem uma grave crise de efetividade. Previstos, na sua maioria, como metas a serem atingidas ou valores a serem respeitados, sem maiores definições de conteúdos ou meios de alcance, até para permitir uma adequação da norma à realidade social e ampliar as hipóteses de tomada de decisão dos governantes,<sup>211</sup> dentro de um campo de autonomia necessário à condução dos negócios públicos, acabam por não serem cumpridos, seja por ausência de normas e projetos efetivadores, seja por ausência de estrutura fática que os viabilize, ou seja, ainda, por ações estatais que os violam.

A efetivação dos direitos sociais, portanto, normalmente demanda a adoção e execução de políticas públicas por parte do Estado com vistas ao alcance deste objetivo, mesmo porque muitas das pretensões materiais não se encontram à sua disposição, mas sim na iniciativa privada, cabendo ao Estado uma atuação interventiva com o fito de proporcionar a conjuntura que melhor amplie a satisfação das necessidades vitais da comunidade.

A polêmica envolve a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas sociais adotadas pelo Executivo e Legislativo e, em especial, o cabimento da atuação do Poder Judiciário nos casos em que não houve interposição legislativa a definir o conteúdo, o alcance e os meios de realização de determinado direito social, ou ainda nos casos em que, mesmo existindo esta intermediação legislativa, há necessidade de alguma estrutura e/ou medida administrativa para viabilizar a sua realização, bem como, se possível, quais os limites

---

<sup>211</sup> Miranda salienta que a totalidade ou quase totalidade dos direitos sociais possui um conteúdo essencialmente determinado em maior ou menor medida por opções do legislador ordinário. Conferir MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 113. Tomo IV.

desta atuação jurisdicional para fins de impulsionar, corrigir e/ou complementar as ações dos demais poderes em prol da promoção dos direitos sociais.

Neste contexto, a doutrina divide-se quanto à possibilidade de controle das políticas públicas sociais por parte do Poder Judiciário, ao argumento de lhe faltar legitimidade democrática para tanto, em especial no que concerne à concretização dos direitos sociais em face das omissões dos demais poderes estatais.

Ao tratar da problemática dos direitos sociais como direitos subjetivos, Hesse observa as dificuldades de extração de pretensões individuais não determinadas suficientemente em lei, argumentando não poder a lei ser substituída pela sentença judicial, por serem as prestações materiais processáveis através do fenômeno político, para concluir a impossibilidade de juízes politicamente não-responsáveis decidirem sobre o conteúdo destes direitos. Aduz, ainda, ser exclusiva tarefa do legislador a regulação das pretensões materiais a prestações e de seu financiamento, por depender de pontos de vista de prioridade e coordenação, em que são indispensáveis planificações amplas.<sup>212</sup>

Ao conceber a legislação na ordem democrática, Hesse enfatiza ser esta a exteriorização da formação da vontade política sobre questões essenciais da convivência civil deixadas abertas pela Constituição. Entende que a normatização dessas questões deve ser democraticamente legitimada e adotada em um procedimento democrático que melhor pode ser observado pelo parlamento, por sua estrutura, a permitir uma publicidade plena, uma instância ótima de discussão e uma compensação entre aspirações diferentes, capaz de proporcionar uma melhor decisão, não obstante reconheça participem desta elaboração da vontade política outros órgãos estatais.<sup>213</sup>

Hesse, para diferenciar a função jurisdicional da legislativa e da executiva, ressalta faltar ao Direito Judicial o elemento político da legislação, por não nascer do processo de formação da vontade política, pelo que nem pode substituir como também não é legitimado democraticamente em medida igual ao decidido pelo parlamento. Conclui, ainda, não ser tarefa da jurisdição desenvolver iniciativa política, tomar decisões políticas, dirigir a política interna e externa, como também exercer diretamente tarefas técnicas.<sup>214</sup>

A visão desenvolvida por Hesse chama a atenção para a possibilidade ou não do controle jurisdicional das opções políticas adotadas pelo legislador e administrador.

---

<sup>212</sup> Conferir HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 238.

<sup>213</sup> Idem, ibidem, p. 382.

<sup>214</sup> Idem, ibidem, p. 412.

Denota-se, portanto, que a perspectiva da legitimidade democrática do Poder Judiciário no campo dos direitos sociais envolve a temática da judicialização da política, do atendimento de pressupostos democráticos na adoção de decisões judiciais, da capacidade técnica do Poder Judiciário de permitir uma discussão adequada sobre as políticas públicas sociais e sua responsabilidade pelas consequências das decisões adotadas.

Em consonância com o pensamento de Hesse, argumentando dependerem os direitos sociais e econômicos da reserva do possível, Torres entende não encontrarem tais direitos no Judiciário a sua garantia institucional mais efetiva, para aduzir que, hoje, em diversos países, percebe-se a existência de déficit de legitimidade do processo judicial para efetivação de tais direitos na ausência de lei concessiva. Afirma, ainda, que as reivindicações de cidadania concernentes a tais direitos devem ser feitas ao Legislativo, que detém a competência de distribuição de bens diante da escassez de recursos, a constituir, portanto, uma questão de política.<sup>215</sup>

Nesta esteira, ainda, Novais preleciona que, no tocante aos direitos sociais cujo conteúdo não seja determinado ou determinável, no contexto de escassez de recursos materiais e de necessidade de fixação de prioridades de repartição de são dependentes, estes ficam — em democracia política — no âmbito da margem de livre decisão do legislador democraticamente eleito, razão pela qual entende que a judiciabilidade dos deveres estatais de realização dos direitos sociais fica necessariamente dependente de uma concretização e determinação prévia do seu conteúdo pelo legislador, sob pena de o Poder Judiciário ser direta e ilegitimamente investido do processo de decisão política.<sup>216</sup>

Na mesma linha, Branco entende ficar a cargo dos órgãos políticos, legitimados pela representação popular, adotar as decisões sobre política financeira e social, mormente porque a realização dos direitos sociais implica privilegiar um bem jurídico sobre outro.<sup>217</sup>

A salientar que os direitos a prestações materiais ou jurídicas a que corresponda um comportamento mais ou menos livre do legislador, demandam a efetuação de opções articuladas, complexas e dependentes de uma visão global do sistema, em que são ponderadas

---

<sup>215</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 326 e 328. Deve-se ressaltar que Torres sequer entende serem direitos fundamentais os direitos sociais, mas tão somente situa os mínimos sociais no campo das liberdades e dos direitos fundamentais.

<sup>216</sup> Conferir NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294-295.

<sup>217</sup> Conferir BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral de direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 154-155.

todas as coordenadas referentes ao patamar de desenvolvimento econômico e social e da dinâmica das relações e dos fenômenos coletivos, Andrade entende ilegítima a conformação de tais direitos através dos tribunais, por não serem os juízes politicamente responsáveis, seja para fixação das linhas gerais das políticas econômicas, sociais e culturais, seja para sua implementação, ao contrário do parlamento e do governo.<sup>218</sup>

Andrade também atenta para as características de complexidade e contingência das políticas de habitação, saúde, segurança social, educação, cultura, etc, razão pela qual não podem estar perfeitamente determinadas nos textos constitucionais, bem como implicam opções autônomas e específicas de órgãos com capacidade técnica e legitimidade democrática para se responsabilizarem por suas decisões, sujeitas ao escrutínio popular, que, não decorrendo de um consenso ou uma harmonização precedente, devem resultar de luta política por opções conjunturais majoritárias.<sup>219</sup>

Não obstante tais considerações, Andrade admite a possibilidade, no tocante à tutela dos direitos sociais, de invocação de inconstitucionalidades de normas relativas a prestações estatais, nas hipóteses de arbítrio, discriminação ou desigualdade manifesta de tratamento ou quando haja violação ao conteúdo — em geral, mínimo — dos direitos sociais fundamentais.<sup>220</sup>

Denote-se, portanto, haver uma recepção maior por parte de Andrade quanto à possibilidade de atuação jurisdicional, não obstante esta aceitação se dê mais em relação aos direitos sociais mínimos ou mínimo existencial.

Há posições doutrinárias intermediárias a admitir a atuação jurisdicional na avaliação das escolhas do legislador ou das razões de sua inércia, para conceber a ilegitimidade democrática do Poder Judiciário tão somente no que concerne à assunção das opções reservadas ao legislador.

Ao tratar do papel do Poder Judiciário na interpretação dos direitos que demandam prestações positivas, Amaral opõe-se ao deslocamento da decisão sobre as “escolhas dramáticas” para o Poder Judiciário, que não se encontra legitimado pelo voto para efetuar tais opções, contudo ressalta que tal não quer dizer que não haja qualquer controle jurisdicional da atuação dos demais poderes, controle que poderá ser feito dentro de critérios de razoabilidade e da faticidade das razões apresentadas pelo ente estatal para sua omissão,

---

<sup>218</sup> Conferir ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 190-192.

<sup>219</sup> Idem, ibidem, p. 192.

<sup>220</sup> Idem, ibidem, p. 415-416.

sem adentrar no mérito da escolha. Demonstrada a ponderabilidade destas razões, o Poder Judiciário não poderia adentrar no mérito desta escolha.<sup>221</sup>

Ao prelecionar sobre a questão da concretização da Constituição, tendo em vista sua textura aberta, a permitir um espaço de movimentação das forças políticas e sociais e de liberdade política de ação, Sarmento trata do método de ponderação de bens e valores pelo intérprete, para levantar como uma das críticas contra o mesmo a possível transferência ao juiz da realização de opções políticas a cerca de valores e interesses na resolução das tensões sobre os princípios constitucionais, atribuição essencialmente legislativa. Neste caso, Sarmento observa que o juiz pode apreciar a razoabilidade do critério de ponderação adotado pelo legislador, mas com redobrada cautela, para que não venha a impor, de forma oblíqua, seus valores políticos e ideológicos em substituição aos do legislador.<sup>222</sup>

Digna de registro constitui também a posição de Sarlet que, com base na doutrina majoritária, entende que os direitos sociais se encontram sob a reserva do possível, a exigir a tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados para deliberar sobre a destinação dos recursos públicos, através de um amplo processo de discussão,<sup>223</sup> porém também admite não poderem tais argumentos prevalecer em todos os casos, em especial naqueles em que se encontra em jogo o direito à vida e o princípio da dignidade humana, como na hipótese dos recursos materiais mínimos necessários à existência do indivíduo, o que atua como limite à conformação do legislador. Nestas hipóteses, alia-se ao modelo ponderativo de Alexy, a estabelecer a contraposição dos valores em pauta, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (princípio da proporcionalidade).<sup>224</sup>

Não obstante a relevância dos argumentos contrários à legitimidade democrática do Poder Judiciário, é de se notar que, ao reconhecer a possibilidade de exceções à idéia geral, indiretamente admite-se a existência da legitimidade em relação à atuação jurisdicional em diversos casos, sem uma explicação mais detalhada do motivo pelo qual, nesses casos, não há de perquirir sobre eventual ação ilegítima. Se é possível efetuar a ponderação dos bens e valores em questão, abordar critérios de razoabilidade, examinar a violação ao conteúdo mínimo dos direitos sociais, discriminação, etc., para reconhecer limites à conformação do legislador, porque atribuir a ilegitimidade democrática ao Poder Judiciário de forma genérica?

<sup>221</sup> Conferir AMARAL, Gustavo. Interpretação do direitos fundamentais e conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 116-117.

<sup>222</sup> Conferir SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 68-72.

<sup>223</sup> Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 288-289.

<sup>224</sup> Idem, ibidem, p. 319-320.

Outrossim, é de se notar que tais objeções ignoram também ser a atividade jurisdicional expressão do poder político, como também exercer uma tarefa de controle das decisões adotadas pelas maiorias eventuais através de seus representantes materializadas nas leis, mediante o juízo de compatibilidade para com a Constituição. Nem por isso se argúi comumente a ilegitimidade democrática de decisões judiciais a respeito de inconstitucionalidade de leis, isto porque a democracia não se encontra tão somente respaldada no princípio majoritário.

Denote-se, ainda, estarem as mais importantes opções políticas da comunidade estabelecidas na Constituição, razão pela qual é importante refletir sobre a possibilidade de a atuação jurisdicional dar-se, em caso de omissão ou falha dos demais poderes, no intuito de concretizar ou auxiliar na concretização de tais opções já previstas no texto constitucional, sempre, é claro, tendo em vista todo o sistema.

Ao reportar-se à alegada ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas sociais, Krell bem observa que a concessão de um maior poder de interpretação aos juízes não consubstancia uma exagerada politização do Poder Judiciário, que deve exercer uma atitude política, dentro de seus devidos limites, assim como o controle de constitucionalidade requer, sempre, uma atitude política do julgador.<sup>225</sup>

Além disso, as assertivas referentes à legitimidade democrática do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais centram-se na idéia da democracia política, olvidando as demais dimensões da democracia, bem como ignoram a função social do processo judicial como via de acesso de cidadãos ao debate público das políticas estatais, assim como a possibilidade de responsabilização dos juízes e o controle social das decisões judiciais, através dos recursos, da opinião pública, das emendas constitucionais e de outros mecanismos de fiscalização.

Verifica-se, assim, delinear-se uma aparente tensão entre a democracia representativa e o plexo constitucional normativo e axiológico na temática da atuação jurisdicional relacionada à efetivação dos direitos sociais. A questão consiste em refletir se o processo de concretização dos direitos sociais deve circunscrever-se à decisão dos titulares do Legislativo e Executivo, no sentido de agir ou não agir, por haverem sido eleitos para representar a vontade popular e/ou se as decisões adotadas por tais titulares ficam à margem do controle jurisdicional por estarem dentro de um campo de liberdade na conformação dos vetores constitucionais.

---

<sup>225</sup> Conferir KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 95.



Esta questão é bem identificada por Alexy ao tratar dos direitos a prestações em que detecta uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Sob uma ótica formal, partindo de uma idéia base de que os direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental são tão importantes do ponto de vista do direito constitucional que a sua outorga ou não outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar, Alexy extrai deverem os mesmos ser realizados de imediato.<sup>226</sup>

Alexy destaca que as normas constitucionais vinculam o legislador legitimado democraticamente, estabelecendo o que deve ou não deve decidir o legislador, ao fixar proibições e ordens limitadoras de sua liberdade. Neste contexto, considerando que a democracia exige liberdade de opinião, de voto, etc., ressalta que o princípio da democracia possui vários subprincípios que podem entrar em colisão recíproca, o que constitui o paradoxo da democracia, com o problema da eliminação democrática da democracia.

Em virtude desta necessária colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais, Alexy aponta sobressair a questão inevitável e permanente da distribuição de competências entre o legislador, diretamente legitimado e responsável, no que concerne à destituibilidade eleitoral, e do julgador constitucional, indiretamente legitimado democraticamente.

Não obstante frise partir de uma concepção formal dos direitos fundamentais, após refletir sobre a contraposição entre a necessidade de assegurá-los como direito constitucionais e o princípio democrático que reclama possa o legislador exercer sua competência de forma mais ampla possível, Alexy explicita que a questão consiste em refletir em que medida os direitos a prestações são tão importantes sob a ótica do direito constitucional que não possam ficar sob a dependência das maiorias parlamentares.<sup>227</sup>

A par destas reflexões, Alexy apresenta a ponderação entre os princípios como essencial para a questão, para aduzir deverem ser considerados os princípios da liberdade fática (sua urgência), da competência do legislador democraticamente legitimado, da divisão de poderes (se são afetados de forma reduzida), da liberdade jurídica de outros, como também outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos. As condições que permitiriam o reconhecimento judicial do direito estariam satisfeitas no caso dos direitos sociais mínimos,

---

<sup>226</sup> Conferir ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. p. 432.

<sup>227</sup> Idem, ibidem, p. 434.

como uma habitação simples, uma educação escolar, uma formação profissional, um nível mínimo de assistência médica, etc.<sup>228</sup>

Para quem se opõe a tal modelo, Alexy destaca que um tribunal constitucional não deve ser impotente ante a inoperância do legislador, podendo, dentro de suas possibilidades processuais-constitucionais, fixar prazo para concretização legislativa do direito constitucionalmente previsto ou até mesmo formular diretamente o ordenado pela Constituição, baseando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.<sup>229</sup>

Um dos aspectos interessantes para o objeto deste trabalho é a perspectiva garantista aberta por Alexy sobre o problema do equilíbrio das competências entre a jurisdição constitucional e o legislador, já que, ao tratar da mencionada questão, assevera não existir um sistema de regras padrão a apresentar resposta para cada caso, muito menos pensa auxiliar para tanto as fórmulas gerais de autocontenção judicial. Alexy observa que, se a Constituição prevê um órgão jurisdicional para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos frente aos demais poderes, a intervenção judicial no âmbito da legislação para tutela destes direitos não pode ser considerada uma assunção indevida das competências legislativas, mas algo permitido e ordenado constitucionalmente.<sup>230</sup>

Verifica-se, portanto, haver Alexy bem situado o problema da necessidade da atuação jurisdicional para efetivação dos direitos a prestações na tensão entre o constitucionalismo, em especial quando trata do caráter constitucional dos direitos fundamentais, e a democracia.<sup>231</sup> Este é o cerne da questão da legitimidade do Poder Judiciário na correção de ações ou omissões dos demais poderes no que se refere à realização dos direitos sociais.

A constitucionalização dos direitos sociais, que não só formal mas materialmente possuem o caráter constitucional, exige uma proteção especial, como valores fundamentais da comunidade, em especial com relação às maiorias eventuais. Neste contexto, não se pode deixar à exclusiva decisão dos poderes Legislativo e Executivo o agir ou não agir para a sua concretização.

Sabe-se que as questões públicas mais relevantes devem ser discutidas em foros ampliados e acessíveis a todos, por excelência, situados nos órgãos políticos encarregados de tais deliberações e nos órgãos administrativos que recebem a delegação do legislativo para

---

<sup>228</sup> Alexy destaca que todos os direitos fundamentais limitam a competência do legislador, ressaltando que a força do princípio da competência do legislador não é absoluta. Conferir ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002. p. 495.

<sup>229</sup> Idem, ibidem, p. 497.

<sup>230</sup> Idem, ibidem, p. 527.

<sup>231</sup> Melhor seria dizer democracia representativa, dada a amplitude da concepção da democracia.

concretizar as decisões gerais por ele adotadas. O exercício do poder, todavia, apresenta distorções. Tais foros sofrem sérias influências e pressões de grupos e instituições que visam interesses próprios, dissociados das necessidades reais da comunidade. A experiência demonstra, portanto, a indispensabilidade da ampliação destes foros de discussão, para tornar mais acessível à sociedade a participação nestas decisões públicas.

Por seu turno, a correção das violações aos direitos sociais, seja por ação ou omissão, por parte dos poderes a que se atribui a tomada de decisões políticas, demanda a verificação desta conduta a par dos valores e princípios constitucionais e mecanismos de controle, dentre os quais se insere a tutela jurisdicional. De fato, Alexy aponta, por seu turno, uma perspectiva que possui grande relevância no tratamento da matéria, qual seja, a da percepção da função jurisdicional como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Esta perspectiva garantista em muito pode auxiliar no tratamento do tema.

É importante frisar não haver deixado de reconhecer Alexy a legitimidade democrática do Poder Judiciário, ainda que a tenha qualificado como indireta.

Ao abordar a transformação da função judiciária ocorrida no século XX, Cappelletti também destaca este aspecto garantista da função jurisdicional, ao observar que a constitucionalização dos direitos sociais e a sua consagração em textos transnacionais exigiu uma ativa postura estatal voltada à sua concretização, protraída no tempo, bem como uma interpretação mais valorativa, tendo em vista que seus conceitos são elaborados na forma de valor. O próprio Direito passa a ser visto como um instrumento de transformação social.<sup>232</sup>

Cappelletti assevera que, sendo tarefa essencial dos órgãos julgadores a proteção dos direitos fundamentais em face dos poderes públicos, coube-lhes o desafio de dar conteúdo aos preceitos, conceitos e valores ou entender não vinculante o núcleo central das Constituições modernas, o que equivaleria à renúncia ao seu papel natural, bem como ao seu compromisso de atuar, juntamente com os outros poderes, para realizar os programas constitucionais.<sup>233</sup>

A concepção da jurisdição como meio de tutela dos direitos fundamentais, portanto, é essencial para avaliação da legitimidade democrática do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, porque a perspectiva deste paradigma constitucional produz efeitos destinados a reger todo o sistema. As atuais Constituições possuem uma gama de valores éticos e políticos da comunidade, fruto de uma longa luta histórica para o reconhecimento de direitos, que não pode ser desconsiderada. Ao contrário, deve informar precipuamente toda a

---

<sup>232</sup> Conferir CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 66-69.

<sup>233</sup> Idem, ibidem, p. 68.

concepção do ordenamento jurídico. A garantia dos direitos fundamentais, portanto, hoje, orienta o debate constitucional.

Deste modo, a partir da contribuição da teoria garantista analisar-se-á a objeção contramajoritária à legitimidade do Poder Judiciário na efetivação do Estado Social de Direito, por seus membros não serem eleitos para representar a vontade popular e participar do processo de formação da vontade política, o que atentaria contra a soberania popular, nem serem responsáveis politicamente pelas decisões adotadas.

Para tanto, abordar-se-á a questão subjacente concernente à relação entre constitucionalismo, jurisdição constitucional e democracia representativa nas sociedades ocidentais contemporâneas como elementos necessários ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, em especial no que concerne à salvaguarda dos direitos fundamentais.

### 3.3 A polêmica tensão entre constitucionalismo e democracia representativa

Um fenômeno marcante observado no final do século XX nas sociedades ocidentais foi a crescente judicialização da política, ou seja, questões relativas à realização do plano governamental por parte das instâncias políticas de discussão (Executivo e Legislativo) são levadas à apreciação do Poder Judiciário, o qual, obrigado a outorgar a tutela jurisdicional, passa a utilizar-se do instrumental jurídico para sua resolução, com base no ordenamento constitucional. Assim, questões eminentemente políticas passaram a ser examinadas através de critérios jurídicos.

O Poder Judiciário passou a atuar em espaços tradicionalmente reservados aos outros poderes, expandindo o seu campo de ação.<sup>234</sup> Este novo panorama institucional, com a adoção da jurisdição constitucional pela maior parte das democracias ocidentais para controle das decisões majoritárias, congregou o sistema político e o constitucionalismo.

<sup>234</sup> Conforme Carvalho tal modelo criou um ambiente político a incluir o Poder Judiciário nos processos decisórios. Conferir CARVALHO, Ernani Rodrigues. **A judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Disponível em: <[http://64.233.187.104/search?q=cache:AqDLMwtpt-0J:www.cienciapolitica.org.br/Ernani\\_Carvalho.pdf+Ernani+Carvalho+A+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+pol%C3%ADtica+no+Brasil&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.187.104/search?q=cache:AqDLMwtpt-0J:www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf+Ernani+Carvalho+A+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+pol%C3%ADtica+no+Brasil&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 30 jun. 2005.

A ampliação da idéia da cidadania, com a utilização das ações judiciais para fazer valer os direitos dos cidadãos, também levou ao aumento do campo de atuação jurisdicional, com o acirramento da litigiosidade.

Com o rompimento do positivismo formalista nas ciências jurídicas, ampliou-se a adoção da interpretação valorativa, razão pela qual a atividade jurisdicional pôde mover-se em um espaço maior de liberdade, mormente em face da necessidade de atribuir valores a conceitos e princípios constitucionais, mas sempre tendo em vista a perspectiva do conjunto do sistema formado.

Diante desta margem de atuação jurisdicional, estabeleceu-se um grande debate sobre as vantagens e desvantagens da apreciação das ações políticas por parte do Poder Judiciário, mormente em face da preocupação no tocante à fiscalização de suas decisões, já que no sistema de tripartição dos poderes, caberia a estes a última palavra sobre a solução jurídica adequada, o que pode gerar um regime de tirania por parte dos juízes, já que a decisão por eles adotada sobrepor-se-ia à decisão representativa da maioria, em amplo processo público de discussão, com maior condições de acesso igualitário.

Por seu turno, não sendo também os juízes eleitos para o processo de formação da vontade política, questiona-se como podem cercear ou interferir neste processo político, contra os consensos obtidos pelo critério majoritário. Discute-se, ainda, a ausência de responsabilidade por parte do órgão judiciário com relação às conseqüências por ele adotadas, já que seus membros não cumprem mandatos, não podendo ser destituídos pela maioria através da eleição.

Cabe, então, efetuar uma reflexão sobre a democracia representativa e o constitucionalismo.

Através do amadurecimento das concepções sobre o fundamento do poder, chegou-se à idéia da soberania popular, isto é, de que todo o poder emana do povo e em sua destinação e com sua participação deverá ser exercido. De fato, o exercício do poder somente se justifica pela busca do bem comum, sendo este o norte que esclarece o motivo pelo qual as pessoas aceitam submeter-se ao comando de um grupo determinado. Contudo, é de se convir que este poder popular não se restringe ao poder político atribuído ao âmbito estatal.

É de se ver, portanto, implicar a soberania popular a condução da comunidade política através do poder advindo do povo, exercido através do povo e destinado à sua felicidade

comum. Verifica-se, por conseguinte, haver uma inter-relação entre a origem, o exercício e a destinação do poder.<sup>235</sup>

Neste contexto, Müller bem distingue juridicamente diversas interfaces do povo: o povo ativo, o povo como instância global de atribuição de legitimidade e o povo como destinatário das prestações estatais. O povo ativo, compreendido como sujeito do poder, atua através das eleições dos parlamentares, de iniciativas populares, de referendos, de associações, etc., como também na dominação do Executivo e Judiciário, na medida em que suas decisões devem ser aptas a uma justificação democrática. Outrossim, como instância global de atribuição de legitimidade, seja para os representantes eleitos, seja para o Executivo e Judiciário que aplicam leis de cuja formação participou, o povo justifica o ordenamento jurídico, na medida em que o aceita globalmente. Por fim, o povo pode ser visto como o destinatário das prestações civilizatórias do Estado, o que compreende o modo como a comunidade é tratada pelas decisões dos poderes estatais e a forma de sua implementação.<sup>236</sup>

Esta relação do povo com o poder sintoniza-se com a conceituação clássica, efetuada por Lincoln, da democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo. Não obstante, convém frisar que a noção da democracia recebeu diversas acepções durante a história e pelas mais diferentes civilizações. O termo grego significa, etimologicamente, governo do povo.

Diante das variantes históricas, é de notar que nem sempre a democracia se correlacionou com a quantidade de pessoas que exercem o poder. Aristóteles distinguia a democracia como governo dos pobres, em oposição à oligarquia, como governo dos ricos, com ou sem maioria, identificando os governos corrompidos naqueles que exerciam o poder com vistas ao interesse particular, em vez do interesse geral.<sup>237</sup>

Sabe-se ter sido prática, em democracias antigas, os próprios indivíduos exercerem diretamente o seu direito de voto reunidos nas praças públicas. Deste modo, nem sempre à representação foi considerada ínsita à democracia, não obstante tenha sido consolidada como técnica necessária de viabilização do exercício do poder.

<sup>235</sup> Nos dizeres de Bonavides, o princípio da soberania popular consubstancia o governo democrático e soberano, tendo por sujeito e destinatário o cidadão. Conferir BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 11.

<sup>236</sup> Conferir MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 55-56, 60-61 e 77.

<sup>237</sup> Conferir ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: EDIPRO, 1995. p. 98-99. Ao prefaciar a obra de Friedrich Müller, Fábio Konder Comparato ressalta, de forma pertinente, que, segundo a análise aristotélica, o regime político brasileiro identificar-se-ia, sem dificuldades, com a oligarquia, já que a maioria pobre vota conforme o interesse e sob a influência dominante dos ricos, a despeito da aparência democrática. Conferir Prefácio de COMPARATO, Fábio Konder. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 28.

Ao teorizar sobre a vontade geral, não como a soma de vontades particulares, isto é, da maioria numérica, mas sim como aquela a englobar o interesse comum, Rousseau já efetuava severas críticas ao sistema de representação, para entender pela impossibilidade da soberania ser representada, dado ocorrer a substituição da vontade geral pela vontade do representante, não havendo possibilidade de intermediação. Sob sua ótica, a liberdade do povo termina quando este se dá representantes. Por isso, concebe a necessidade de realização de assembléias populares periódicas para prevenir as usurpações do governo, quando este atua de forma incompatível com o interesse público.<sup>238</sup>

É interessante notar a sutileza da concepção de Rousseau em relação à vontade geral, isto é, mais uma vez a soberania popular traduzida no governo conduzido pela vontade geral muito menos que ligada à idéia de quantidade, isto é, soma de vontades individuais, encontra-se relacionada com o interesse comum, extraído através da ponderação entre as diversas pretensões particulares, de modo que não se aniquilem.<sup>239</sup> Esta particularidade é que deve informar a democracia, a criação de um espaço harmônico de convivência entre os diversos grupos, maioria e minorias, de forma que não se eliminem e se deduza o interesse voltado ao bem comum, particularidade esta que a aceção literal da regra majoritária não consegue atender.

Não obstante as reservas que possam ser efetuadas à concepção extremada da vontade geral por Rousseau, dado notar-se não ser admitida sua limitação através da representação, muito menos pelo próprio pacto social fundante, é importante notar já serem apontadas pelo autor as deficiências do sistema representativo, dada a possibilidade de sobreposição dos interesses privados ao interesse público e da ilusão da identificação entre interesse de representantes e interesse de representados.<sup>240</sup> No entanto, nem a participação direta também é garantia da observância do interesse público, tendo em vista a possibilidade de manipulação das multidões, nem foi possível o emprego integral desta sistemática, melhor aplicável em pequenas comunidades, em face do tamanho que assumiram os Estados.

Desta maneira, a democracia representativa estabeleceu-se na seara política como instrumento de expressão da vontade popular, considerando que a crescente complexidade das

<sup>238</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000. p. 110, 112-116.

<sup>239</sup> Idem, ibidem, p. 50.

<sup>240</sup> Esta ausência de restrição da soberania popular pelo pacto social fundante, que posteriormente foi materializado na Constituição, é jacente na visão de Rousseau, uma vez que entende não haver nenhuma lei fundamental impossível de revogação, “nem mesmo o pacto social”, pois o rompimento do pacto seria legítimo desde que todos os cidadãos se reunissem para assim decidir de comum acordo. Conferir ROUSSEAU, Jean-Jacques, ibidem, p. 120.

sociedades dificulta o exercício direto do poder pelos indivíduos,<sup>241</sup> mormente com a explosão demográfica atualmente vivenciada.

A eleição de um grupo de representantes, com alternância vinculada à eleição pela maioria e o estabelecimento e manutenção das regras da democracia representativa ensejou um quadro de estabilidade necessário à condução da sociedade,<sup>242</sup> possibilitando uma coordenação no processo de obtenção de decisões governamentais em prol do interesse geral, bem como propiciando a criação de espaços públicos de interação e persuasão.

O simbolismo da representação encerra em si uma distância inevitável entre o povo e seus representantes, tanto que o processo de escolha destes últimos nem sempre foi universal. Através de lutas históricas, houve um progressivo processo de inclusão política (mulheres, jovens, grupos étnicos, estrangeiros, etc.). Há necessidade de perseguir-se uma contínua diminuição desta distância para o aperfeiçoamento da democracia.

Ainda que se encontre bem mais universalizado o direito de voto na maioria das democracias ocidentais, não é de olvidar, conforme se verificou ao analisar a interação entre os direitos políticos e sociais, que a pobreza, a miséria, a ausência de educação e de outras condições materiais de vida afetam diretamente a capacidade do povo de escolher, criticar e exigir em relação aos governantes, o que contribui para manter a disparidade entre representantes e representados.

Por isso, alerta Bobbio não bastar, para a caracterização da democracia, a atribuição a um elevado número de indivíduos do direito de participação na tomada das decisões coletivas e a existência de regras procedimentais como a da maioria, sendo essencial que se viabilizem direitos a estes indivíduos que lhes permitam realmente escolher entre diferentes e reais alternativas, sem as quais os mecanismos procedimentais que caracterizam a democracia não poderiam funcionar corretamente.<sup>243</sup> De fato, se um dos principais fundamentos da regra da maioria no processo político é a igualdade nas oportunidades de participação no poder, é de convir que esta igualdade não pode ser meramente formal, mas deve alçar-se a um plano substancial.

<sup>241</sup> Arato anota haver um problema de legitimação ainda hoje não resolvido na idéia do exercício das atividades legislativas e constituintes pelo Parlamento como representação da soberania do povo. Conferir ARATO, Andrew. **Representação, soberania popular, e accountability.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452002000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100004)>. Acesso em: 16 maio 2005.

<sup>242</sup> Segundo Zippelius a complexidade do Estado moderno exige a divisão dos trabalhos para desempenho das tarefas da comunidade. Assim, a necessidade de operacionalidade das grandes comunidades acarretou a premissa da vinculação da vontade da maioria, em vez da mera soma das vontades individuais. Conferir ZIPPELLIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 231.

<sup>243</sup> Conferir BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 32.



Ademais, esta vontade majoritária também não poderia ser ilimitada, sob pena de sufocar a opinião das minorias, os dissensos, enfim, a pluralidade de opiniões na comunidade. Assim sendo, a Constituição, como pacto de convivência social, estabeleceu diretrizes básicas que não poderiam ser descumpridas pelas maiorias que viessem a se suceder no poder, como proteção para a comunidade, dentre as quais um catálogo de direitos fundamentais.

Em face do dinamismo social, este pacto fundamental pode ser modificado, mas somente através de procedimentos qualificados (quóruns especiais), como também respeitado o núcleo essencial das Constituições, já que há determinados valores ético-políticos da comunidade, que por sua importância não podem ser alterados ou que somente, em casos extremos, através de uma ruptura institucional podem vir a ser revistos.<sup>244</sup>

Por seu turno, a experiência demonstrou que o exercício da função representativa sofre inúmeras influências, de forma a distanciar-se, em muitos casos, da vontade popular e do atendimento dos direitos fundamentais. Muitas vezes a atuação parlamentar expressa tão somente a própria vontade corporativa ou a do grupo político mais forte. Algumas vezes o parlamentar atua voltado à simples progressão de sua carreira política.

Do exame do panorama político das democracias contemporâneas, portanto, infere-se que a maioria política dominante comumente constitui a minoria no universo da sociedade.<sup>245</sup> Estas circunstâncias não significam a inviabilidade da sistemática representativa, muito menos mitigam a importância dos debates parlamentares, mas demandam o aperfeiçoamento dos mecanismos de representação da vontade popular.

Não se pode desconsiderar, por seu turno, os próprios efeitos da globalização econômica, em que os poderes do mercado procuram dominar o debate político, em especial através do financiamento de campanhas ou da atuação de grupos organizados de defesa de interesses junto ao Parlamento e ao Governo.

Com vistas a equilibrar as vicissitudes da democracia representativa, a sociedade recorre às instâncias judiciais, para resguardar os valores constitucionais e ampliar o debate relativo

---

<sup>244</sup> Appio observa que teorias de ruptura institucional somente se justificam em sistemas cuja Constituição é destituída de qualquer normatividade. Conferir APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, p. 20. Sobre a limitação da vontade majoritária, Streck identifica o paradoxo no surgimento da Constituição: embora nasça para contenção do poder absoluto, também constitui instrumento indispensável de contenção do poder das maiorias. Conferir STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 319.

<sup>245</sup> Conferir SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 130.

às decisões públicas.<sup>246</sup> Concorde-se, portanto, com a concepção do constitucionalismo como instrumento de garantia da soberania popular, por estender para além dos representantes eleitos a gama de participantes responsáveis pela criação e revisão das leis fundamentais.<sup>247</sup>

No entanto, também há riscos na atuação dos órgãos jurisdicionais encarregados de interpretar a Constituição, pois também a judicatura pode ser exercida de forma indevida e/ou opressiva. Alguns entendem prejudicial à democracia atribuir a um grupo de expertos, (os juízes), a decisão sobre o que é melhor para a comunidade, o que contraria o pluralismo social cada vez mais intenso. Apontam que esta visão do Poder Judiciário como tutor da sociedade não é recomendável por usurpar a sua capacidade de decisão e de direção com autonomia.<sup>248</sup> Defendem caber tão somente ao Poder Judiciário assegurar as regras do jogo democrático, para permitir o acesso igualitário ao processo de discussão, somente interferindo na quebra de tais regras.<sup>249</sup>

Ademais, argumenta-se que os juízes não eleitos não estão sujeitos a uma avaliação retrospectiva periódica por parte da população quanto à sua manutenção ou não no cargo em virtude de sua conduta, ao contrário dos governantes que, em tese, poderão ser responsabilizados ou recompensados de acordo com sua postura mais próxima ou não daquela esperada pela população.

Por seu turno, outros entendem que a atuação jurisdicional é essencial para verificar o conteúdo de justiça das decisões públicas, a par do corpo normativo e axiológico consensualmente estabelecido na Constituição,<sup>250</sup> atuação esta identificada como a jurisdição constitucional.

<sup>246</sup> Zippelius situa dentre os princípios do Estado do Direito a existência de instâncias de controle, para fiscalização dos órgãos do Estado, através de tribunais independentes. Conferir ZIPPELLIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 390-391.

<sup>247</sup> Conferir ARATO, Andrew. **Representação, soberania popular, e accountability**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452002000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100004)>. Acesso em: 16 maio 2005.

<sup>248</sup> Ingeborg Maus no artigo “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, aponta um processo de divinização do Poder Judiciário em muitos países, a ultrapassar o processo de expansão de suas funções. Este processo pretende atribuir ao Judiciário o reduto da “consciência social”, como se os juízes fossem seres superiores, dotados de personalidade ética excepcional, a ensejar um quadro favorável ao decisionismo judicial, pois na medida em que a Justiça é considerada a “mais alta instância moral” da comunidade, refoge ao controle social. Aponta, ainda, que os julgamentos de questões morais polêmicas a partir do ponto de vista dos julgadores acarreta a desqualificação da base social. Conferir MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP** (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

<sup>249</sup> Aponta-se esta corrente doutrinária como procedimentalista, associando-a a obras como de J. Habermas e A. Garapon, conforme VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 23.

<sup>250</sup> Oliveira observa a existência de dois paradigmas jurídicos: o primeiro, de ótica privatista, a conceber os conflitos sociais como interindividuais, para cingir ao Estado a apropriação das demandas político-sociais,

Não é de olvidar, outrossim, que o reforço dos mecanismos de representação popular não se exaurem na jurisdição constitucional, mas abrangem necessariamente a esfera pública e a sociedade civil, com o incremento da capacidade de auto-organização, com o aumento de instâncias de discussão e deliberação pública, com a formação de grupos, associações, organizações não-governamentais e movimentos, com a liberdade dos meios de comunicação e outros instrumentos de caráter participativo. A esfera pública e a sociedade civil devem completar e complementar o constitucionalismo e a democracia representativa.

O exercício da crítica e dos meios de responsabilização dos governantes, por seu turno, demandam um regime de respeito aos direitos constitucionais, com a garantia de que possam os cidadãos fazer valer tais direitos através de um sistema judicial.

Outrossim, mesmo com a constatação pelo estudo das construções das decisões judiciais de não poder se sustentar o mito da neutralidade do julgador, não é por isso que as decisões judiciais devem ser vistas como a mera imposição de convicções pessoais dos juízes.<sup>251</sup> Hoje já se evolui para uma concepção muito mais ampla do processo judicial como um foro de diálogo, de troca, de influências mútuas, sem descurar dos seus significativos efeitos sociais.

Ainda que a instância jurisdicional pressuponha a independência para a efetividade de sua funções de fiscalização dos demais poderes, tal não quer dizer que haja uma discricionariedade ilimitada por parte dos julgadores. Em verdade, incumbe a todos os poderes e à sociedade a obrigação de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. Agora, ao Poder Judiciário em especial coube a resolução dos conflitos nos casos concretos e a garantia de uma via de defesa dos cidadãos perante os poderes públicos e privados.

Além disso, a atividade do juiz também é vinculada ao sistema constitucional e legal, a respeito do qual múltiplos são os intérpretes, bem como suas decisões devem ser fundamentadas, para que todos possam avaliar suas razões, devendo ser cotejadas com os valores culturais, éticos, sociais e políticos da comunidade.<sup>252</sup>

---

sem participação propriamente da sociedade. Sobre tais “questões políticas”, o Judiciário não deveria se intrometer, adotando postura descomprometida com os problemas sociais; o segundo, judicializa a política para tornar o Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder, com riscos para o pluralismo cultural, social e político próprios do Estado de Direito. Esta postura representa uma intolerância aos processos políticos, com perdas para a cidadania. Conferir OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=60](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=60)>. Acesso em: 15 jul. 2005.

<sup>251</sup> Conferir KOZICKI, Kátia. **Analisando as relações entre o direito e a política democrática**. Disponível em: <<http://136.142.158.105/Lasa2001/KozickiKatya.pdf>> . Acesso em: 1º ago. 2005.

<sup>252</sup> Sampaio aponta como argumento favorável da jurisdição constitucional a fundamentação, através da qual obtém sua legitimidade através da *praxis decisional*. Distingue duas teorias sob a ótica da legitimidade pelo consenso: uma fraca, que pressupõe apenas a demonstração de dados empíricos que demonstrem aceitação social da decisão judicial; outra forte, que demanda um processo de consenso mais amplo, a requerer uma

Ademais, o controle das políticas governamentais não deve implicar a transferência do governo para os juízes, já que a atuação do Poder Judiciário é subsidiária e complementar, bem como tem por fito também viabilizar a atuação da própria sociedade. A questão da última palavra caber ao Poder Judiciário é relativa, porquanto há a possibilidade da reforma do texto constitucional pelos governantes, através de um consenso entre governo e oposição mediante um processo mais rigoroso, bem como há o controle de toda a sociedade sobre a justiça das decisões judiciais. Não é de se olvidar que decisões judiciais destituídas de legitimidade tendem a se tornarem ineficazes ou a serem superadas pela ação da comunidade, inclusive através das instâncias políticas.

Saliente-se no entanto, haver um núcleo intangível nas constituições e nas convenções internacionais, em especial no que concerne à consciência universal relativa aos direitos fundamentais, que deve ser garantido mesmo contra o princípio majoritário.

A atuação jurisdicional, por seu turno, em defesa da Constituição como ponto de equilíbrio à democracia representativa, depende de diversas condições das comunidades políticas. É importante que haja um funcionamento harmônico e respeitoso entre os diversos poderes, que as instituições políticas e democráticas se encontrem amadurecidas e que gozem de credibilidade perante a sociedade. Portanto, a conjuntura histórica, política e cultural das comunidades influenciará o contexto da ação do Poder Judiciário, bem como a imposição de limites para si pelo próprios juízes, no exercício da autocontenção, a fim de bem harmonizar o equilíbrio democrático.

Não se concorda que a atividade jurisdicional venha a acarretar uma desmobilização da sociedade, gerando uma acomodação nos indivíduos, de forma que abandonem uma postura ativa no reclamo de seus direitos. A atuação jurisdicional não pode ser vista de forma isolada, muito menos como condutora de uma sociedade incapaz. É importante criar foros de deliberação na sociedade civil, ampliar mecanismos participativos, educar os cidadãos para a cidadania, enfim, a realização da democracia pressupõe uma dimensão muito maior. A jurisdição constitucional deve ser vista, portanto, como mais um elemento no universo da política democrática.

O importante papel do Poder Judiciário é o de possibilitar a participação da sociedade nos negócios públicos, viabilizar a prestação de contas dos demais poderes sobre as suas ações e decisões, proteger os valores ético-políticos da comunidade, assegurar o exercício dos

---

coerência interna discursiva e uma externa da aptidão racional de aceitabilidade pela sociedade, a demandar uma inter-relação constante. Conferir SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 199-200.

direitos fundamentais, auxiliar na resolução dos conflitos coletivos, criar canais dialéticos de interação entre a comunidade e o poder público.<sup>253</sup> Sem as garantias jurisdicionais, há inegáveis perdas para a combatividade social e insegurança no panorama político.

Verifica-se que a democracia compreende, portanto, muito mais que o simples sistema representativo, insuficiente para atender ao pluralismo social, para abranger uma dinâmica de influxos do constitucionalismo, como garantia dos direitos fundamentais e do plexo normativo e axiológico constitucional e das minorias, dinâmica esta também informada pela ação da sociedade civil e da esfera pública. São elementos que se limitam e que devem interagir, em contínua dialética. Portanto, ao contrário de uma contraposição, muito mais se deve identificar uma interação entre constitucionalismo e democracia representativa.

A soberania popular serve de base e elo, portanto, da limitação do poder em prol da comunidade e da participação desta na condução do poder, através da formação democrática da vontade popular, devendo ser tal participação igualitária, condição para a qual se exige uma intensa promoção dos direitos fundamentais.<sup>254</sup>

Ao reportar-se à soberania popular, frisou-se exigir um governo voltado para o povo, para o bem comum, não apenas fonte e sujeito do exercício do poder. Aliás, deve-se refletir que, se o governo não é realizado visando o bem-estar do povo, é de questionar se o povo permanece como fonte do poder. Assim sendo, a consolidação da soberania popular depende dos objetivos das ações governamentais, para que se possa qualificá-las como democráticas, o deverá ser extraído da efetiva prática cotidiana, não podendo se limitar ao campo da mera retórica. Um regime democrático, portanto, deve voltar-se à promoção da justiça social, através da busca da realização dos valores da igualdade e da liberdade.

<sup>253</sup> A afirmar a possibilidade de a judicialização da política e das relações sociais servir como meio de conquista da cidadania democrática por parte de uma sociedade mobilizada na defesa de seus interesses e direitos, mormente em um contexto institucional em que as maiorias reais são reduzidas à minoria, “por uma estranha alquimia eleitoral”, para ressaltar não haver ritual certo nem monopólio na formação da vontade democrática, conferir VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43-44; Outrossim, Sampaio, após fazer uma análise acurada dos diversos argumentos sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, correlaciona-a com o cumprimento do “dever constitucional de adoção de uma metodologia ótima da legislação”, da observância das regras do jogo democrático, das garantias de um processo político adequado, da proteção das minorias e da promoção dos direitos fundamentais. Conferir SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 210.

<sup>254</sup> Canotilho, ao tratar do Estado Constitucional Democrático, menciona ser a soberania popular uma chave mestra na ligação da idéia do Estado de Direito e do Estado Democrático, para acentuar que o elemento democrático foi introduzido tanto para limitar o poder como também para legitimá-lo. Conferir CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 97-100.

Diante desta interação entre soberania popular e democracia, em especial no que concerne aos fins para os quais se justifica o exercício do poder, é que a democracia deve ser vista, muito além das meras técnicas de exercício do poder, como um regime de garantia dos direitos fundamentais, mormente em face da interdependência já frisada entre direitos políticos, sociais e individuais, que, em muitos casos, é identificada apenas como as várias facetas de um mesmo direito.<sup>255</sup> Por isso, a regra da maioria não deve ser contraposta à realização dos direitos fundamentais, mas antes a eles conjugada, para respeitá-los como limites, devendo ser adequada às novas exigências da realidade social.<sup>256</sup>

Neste contexto, ao estudar a objeção contramajoritária à imposição de limites constitucionais ao poder de decisão das maiorias, Peña Freire faz referência ao Estado Constitucional de Direito ou Constitucionalismo Garantista, um modelo jurídico-político e institucional que assegure a submissão do poder à garantia da preservação dos direitos dos cidadãos perante os poderes públicos.<sup>257</sup> Como instrumento ou garantia dos direitos fundamentais, para assegurar a supremacia da Constituição, no Estado Constitucional de Direitos, o autor aponta a utilização de dois instrumentos: a rigidez constitucional, que impõe um procedimento mais agravado que o normalmente previsto para aprovação ou derrogação das leis, e o caráter normativo das Constituições, a vincular os poderes públicos e cidadãos a suas cláusulas.

De tais instrumentos, contudo, Peña Freire destaca que se geram dois problemas: o primeiro, referente a vulneração da autonomia das gerações posteriores por estarem vinculadas a parâmetros morais e políticos fixados em um pacto constituinte passado, do qual não participaram; o segundo, concernente ao fato de um juiz ou tribunal, não eleito nem responsável politicamente, controlar a constitucionalidade de leis elaboradas pela maioria através dos órgãos legislativos. Assim, a atualização da Constituição, que deveria ser efetuada por todos, resta em uma minoria de indivíduos, os juízes, a quem cabe a última palavra.

Após efetuar a análise de diversas posições doutrinárias, algumas que entendem a

---

<sup>255</sup> Silva, ao prelecionar sobre o aspecto fundante valores democráticos da igualdade e da liberdade, define a democracia como “o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”, para enfatizar que os direitos econômicos e sociais, de natureza igualitária, são essenciais para a realização dos direitos políticos e individuais. Conferir SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 132.

<sup>256</sup> Campilongo aponta como um dos limites da regra da maioria a sua ilegitimidade para estabelecer condições, suprimir ou reduzir os direitos fundamentais. Conferir CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53.

<sup>257</sup> Conferir PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

objeção contramajoritária como um real problema a ser superado, outros que consideram ser meramente aparente a tensão entre constitucionalismo e democracia, Peña Freire destaca a importância da jurisdição constitucional, em contextos políticos e legislativos imperfeitos, para enriquecer o diálogo coletivo, com argumentos e pontos de vista não considerados na discussão parlamentar; para contribuir no processo de reflexão crítica entre cidadãos e seus representantes do valor que contém certos direitos; bem como para obrigar o legislador a apresentar as razões e justificar as decisões políticas.<sup>258</sup>

Peña Freire ressalta, também, a necessidade de assegurar mecanismos compensatórios que permitam aos órgãos políticos também responder aos juízes constitucionais, com a possibilidade de revisão das decisões judiciais definitivas, normalmente através do processo de reforma constitucional.<sup>259</sup>

A visão desenvolvida por Peña Freire, portanto, parte da idéia de uma democracia constitucional, voltada para o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, como a limitação dos poderes estatais, a perceber a ausência de incompatibilidade entre o constitucionalismo e a democracia representativa, mas antes uma complementação, que melhor poderá fomentar um ambiente democrático.<sup>260</sup>

A ótica garantista, portanto, em muito pode auxiliar para a compreensão da temática da legitimidade democrática do julgador no que concerne ao problema da efetivação dos direitos sociais.

### 3.4 O problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais sob uma perspectiva garantista

Ao expor a problemática da legitimidade democrática do Poder Judiciário no processo de concretização dos direitos sociais, no que concerne ao controle e correção das decisões

<sup>258</sup> Conferir PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

<sup>259</sup> Idem, ibidem.

<sup>260</sup> Canotilho assevera que a proclamada tensão entre “constitucionalistas” e “democratas”, entre Estado de direito e democracia, é um dos “mitos” do pensamento político moderno. Conferir CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 330. Neste sentido, também atribuindo a expressão de “mito do pensamento político moderno” à afirmada tensão, Streck entende que a visão que contrapõe democracia e constitucionalismo é reducionista. Conferir STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson (Orgs.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 320.

políticas do Legislativo e Executivo, seja no sentido de agir ou não agir, verificou-se embasar-se a objeção no fato de tais deliberações formarem-se no campo da política, demandarem visão e estrutura técnica, bem como exigirem um processo público, amplo e aberto.

Neste contexto, ao analisar a matéria, Alexy bem identificou o cerne da problemática na questão de saber até que ponto os direitos a prestações são tão importantes do ponto de vista constitucional para que fiquem na dependência das maiorias parlamentares, ou melhor se poderia acrescentar, condicionados à ação política do Legislativo e Executivo.

Ao se analisar a discutida tensão entre constitucionalismo e democracia representativa, verificou-se a ampla dimensão da democracia, que não pode ser restrita à regra majoritária, tendo em vista as suas insuficiências, mas também deve abranger uma dinâmica entre os órgãos representativos de deliberação, o constitucionalismo, a sociedade civil e a esfera pública. Democracia é um conceito plural, pressupondo um ambiente social aberto e interativo, assim como diversas formas de participação da sociedade na condução dos rumos da comunidade política. Deve haver vários meios de tomada de decisões por parte dos indivíduos e um fomento à concretização dos seus direitos, bem como à criação de novos direitos. No dizer de Cappelletti, democracia é participação, tolerância e liberdade.<sup>261</sup>

Destaca-se, portanto, na democracia a busca de garantia dos direitos fundamentais, em especial a igualdade e a liberdade, para as quais deve haver a contenção dos poderes estatais e privados, no que concerne à sua abstenção e à sua ação.

Ao se refletir sobre a noção da legitimidade, perquire-se o fundamento pelos quais os indivíduos aceitam o exercício do poder, aderindo livremente ao seu comando, tendo sido destacado o campo psicológico e valorativo em que se desenrola, a par da fluída esfera de compatibilização entre as expectativas e desejos dos destinatários das deliberações e o que efetivamente é deliberado.

Ao cotejar-se a perspectiva da legitimidade com a concepção ampla da democracia, delineia-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, como a viabilidade de obtenção do assentimento do corpo social à pertinência das decisões oriundas deste poder, a partir da análise crítica de sua fundamentação, por assegurar a maior participação dos cidadãos nos processos de deliberações públicas e por compatibilizar o resultado deste processo com conteúdos de justiça e de atendimento dos direitos fundamentais.

---

<sup>261</sup> Conferir CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 107.



Esta ótica da legitimidade atende, portanto, ao alcance da democracia substancial, já que os resultados dos processos de deliberação apresentam imperfeições, nem sempre sendo possível o acesso efetivo a todos aos canais políticos de discussão pública. Atende igualmente à democracia procedimental, tendo em vista que a via jurisdicional também é uma via de debate público, como também deve fazer respeitar os demais foros institucionais ou não de debates e obedecer aos ditames constitucionais. Para complementar, a legitimidade democrática do Poder Judiciário não prescinde, para se perfazer, do controle por parte da sociedade, afinal titular do exercício deste exame a propósito da legitimidade.

O risco de que as decisões judiciais sejam efetuadas a partir de critérios pessoais dos juízes, como seres humanos imperfeitos iguais a todos, não retira a legitimidade democrática em tese da atuação jurisdicional, tendo em vista que somente após o devido exame desta atuação é que, a partir do consenso da comunidade, se poderá extrair a sua pertinência, por voltar-se ou não ao bem comum, a ponto de ensejar a adesão global. As ações dos representantes dos demais poderes, Executivo e Legislativo, como também seus resultados, também podem ser movidas por interesses privados, mas nem por isso serão indistintamente consideradas legitimamente democráticas somente em face da escolha direta destes representantes pelo povo.

Neste contexto, é que não se concorda com parâmetros tão somente procedimentais de aferição da legitimidade,<sup>262</sup> para alinhar-se ao raciocínio de muitos no sentido de que o resultado de todo o processo deve ser cotejado com padrões de justiça, sendo o elemento ético indispensável para fim de dedução da legitimidade. A par da dificuldade em fixação de conteúdos éticos, diante da pluralidade social, o consenso também há de se fazer no que concerne à existência de valores comuns afetos à consciência universal, em especial consubstanciados nos direitos fundamentais.

---

<sup>262</sup> Por todos, conferir HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Capítulo I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1997. p. 326 e 345. Habermas desenvolve uma concepção procedimental da Constituição, partindo da idéia de que a mesma não pode impor *a priori* determinados padrões sociais, mas sim estabelecer procedimentos políticos através dos quais os cidadãos, exercendo sua autodeterminação, cooperativamente, buscarão melhores condições de vida. Para Habermas, a legitimidade do direito advém, portanto, da gênese democrática das leis. Neste raciocínio, a função da jurisdição constitucional consiste em proteger o sistema de direitos que viabiliza a autonomia pública e privada dos cidadãos, examinando o conteúdo das normas em especial no contexto dos pressupostos comunicativos e das condições procedimentais de legislação democrática, que possibilitam vir à tona os melhores argumentos; Na avaliação de Moro as concepções procedimentais da legitimidade da jurisdição constitucional não se coadunam totalmente com o Direito Constitucional positivo, já que as Constituições contêm normas de conteúdo material não relacionadas diretamente ao sistema democrático, cabendo ao juiz constitucional o controle de todas as normas. Conferir MORO, Sérgio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

Neste contexto, não se concorda com a imputação *a priori* de ausência de legitimidade democrática à atuação jurisdicional no processo de concretização dos direitos sociais, sem que se faça o cotejo da decisão judicial com os parâmetros formais e substanciais que possam evidenciar tratar-se ou não de decisão ilegítima. Isto explica o motivo pelos quais diversos autores, embora a rejeitem como regra geral, excepcionam a possibilidade da intervenção judicial para suprir a omissão do legislador e do administrador em determinados casos, como o da garantia dos direitos sociais básicos. Muito menos parece pertinente afirmar-se a ilegitimidade democrática dos juízes centrada no fato da sua não eleição pelos cidadãos, a despeito de investigar-se o fundamento e as regras procedimentais relativos ao poder a que pertencem.

A divisão das funções estatais foi idealizada como forma de contenção do poder político, para fim de atingir um equilíbrio em prol da proteção dos cidadãos. A partir de uma ótica garantista, é possível constatar que o viés de distinção da função jurisdicional em relação às demais foi exatamente viabilizar a defesa dos direitos dos cidadãos perante os poderes públicos e privados, sem os quais praticamente esvaziada fica a sua tutela.<sup>263</sup> De fato, concorda-se que a existência de um foro independente daqueles encarregados de governar a quem pudesse recorrer os cidadãos para a proteção de seus direitos entre si e em face do poder público é que constitui a razão de ser do Poder Judiciário. Deste modo, não há como identificar o fundamento do acatamento de suas decisões na sua eleição ou não pelos cidadãos.

Ademais, concorda-se com a concepção instrumental do Estado, como instituição política voltada às necessidades básicas dos cidadãos, não o inverso. Por isso existem limites formais e substanciais ao Estado, que submetem todos os seus poderes à observância da Constituição e os orienta ao alcance do bem comum, através dos deveres firmados no sentido de respeito e satisfação dos direitos fundamentais, sem distinções. A legitimidade democrática do Poder Judiciário, portanto, para o cumprimento de tais deveres públicos no que concerne aos direitos sociais, nesta perspectiva garantista, fundamenta-se no Estado de Direito ou, mais diretamente, nos direitos fundamentais.<sup>264</sup>

<sup>263</sup> Conforme Freire, o elemento primário que caracteriza a função jurisdicional é a garantia dos direitos e interesses das pessoas, garantia esta desenvolvida no processo, ao ligar o Direito ao caso concreto. Conferir PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997. p. 288, apud CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 146.

<sup>264</sup> Segundo Ferrajoli, o fundamento da legitimação da jurisdição encontra-se no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, sobre que se baseia a democracia substancial. Conferir FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 102. Sobre o assunto da

É importante desenvolver o raciocínio dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, que incorpora o Estado Social, a demandar garantias para tutela dos direitos sociais, a serem cumpridos mediante prestações. Decerto a concretização do projeto econômico e social deve se fazer a partir de deliberações coletivas, através de escolhas dramáticas, que não podem restringir-se, porém, às instâncias políticas, mas a um conjunto de espaços públicos existentes na sociedade, dentro dos quais insiro o foro jurisdicional.

Como a garantia dos direitos sociais como direito a prestações se faz através de ações positivas, não há como esta se efetivar por parte do Poder Judiciário sem o controle da omissão dos demais poderes, a par do ordenamento jurídico, que pode requerer uma impulsão e/ou uma complementação.<sup>265</sup>

Em nenhum momento se defende a assunção do papel dos demais poderes, mas sim uma atuação jurisdicional complementar e subsidiária, tendo em vista que a formulação e a implementação de políticas públicas sociais é tarefa, por excelência, dos órgãos legislativo e executivo, com a participação da sociedade civil. Contudo, não se concorda é com a existência de uma barreira intransponível para o questionamento judicial de tais ações políticas, inclusive no que concerne à correção de omissões. Por isso em caso de falha, por ausência ou insuficiência, na concretização das decisões políticas adotadas na Constituição, sobressai a possibilidade de uma ação suplementar por parte do Poder Judiciário, que não deve ter em vista uma postura de confronto, mas sim de cooperação entre os poderes.<sup>266</sup>

Aliás, a ação jurisdicional não poderia dar-se de forma autônoma, isolada e independente, tendo em vista que as medidas judiciais destinadas à realização dos direitos

---

legitimidade democrática, Palu bem observa não poder ter um conceito unilateralizado, devendo implicar o controle do poder político, para o efetivo alcance dos valores da liberdade e igualdade. Conferir PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 271; Cunha Júnior também aponta o Estado Democrático de Direito como condição de possibilidade e legitimidade do controle judicial das omissões do poder público. Conferir CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 350.

<sup>265</sup> Moro ressalta que, contemplando o texto constitucional não só garantias, mas também promessas a serem implementadas, é imprescindível para o efetivo controle de constitucionalidade uma atuação diferenciada, o que permite a atuação jurisdicional no sentido de obrigar o poder político a agir ou ainda de o próprio órgão julgador desenvolver as normas constitucionais, de alguma forma e em caráter substitutivo. Conferir MORO, Sérgio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 100.

<sup>266</sup> Leal enfatiza que todos as funções estatais (legislativas, administrativas e judiciais) são condicionadas ao cumprimento não facultativo das competências constitucionais estabelecidas, sob pena de coativamente fazê-lo, mormente no que concerne às dimensões pró-ativas relativas aos direitos e garantias sociais estabelecidos. Segundo Leal, também, o Poder Judiciário não tem o poder de fazer escolhas públicas, mas pode e deve assegurar aquelas já feitas na Constituição. Conferir LEAL, Rogério Gesta. **O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil**: possibilidades materiais. Disponível em: <<http://online1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/default.php>> . Acesso em: 30 jun. 2005.

sociais sempre demandam a atuação conjunta com os demais poderes, mesmo porque o Poder Judiciário não detém estrutura administrativa apta a tal fim. A postura não deve ser de confronto, mas de cooperação entre os poderes. Há casos, inclusive, em que o Poder Público sequer possui poder para tal efetivação, cabendo-lhe tão somente adotar as ações estratégicas voltadas para a orientação da economia com fim de atingir o objetivo traçado constitucionalmente.

A tarefa de controle jurisdicional da conduta estatal no que concerne à efetivação dos direitos sociais não é fácil, possuindo limites nas próprias possibilidades reais apresentadas pelo mundo da vida. Esta tarefa deve ser feita de modo equilibrado, tendo em conta a universalidade do sistema e a razoabilidade da pretensão exigida pelo indivíduos ou grupo em face de toda a sociedade, mesmo porque a distribuição das prestações por parte do Estado deve ser feita de forma ordenada e igualitária. Não descuro, ainda, o controle do órgão julgador da análise percuciente dos motivos apresentados pelo Poder Público para justificar sua conduta, antes demanda soluções criativas que melhor possam equacionar o conflito em juízo apresentado.

Agora, a efetiva materialização das práticas jurisdicionais, no âmbito de aplicação das ações judiciais cujo objeto seja a concretização dos direitos sociais, será objeto de aferição da legitimidade em cada caso, pois consoante visto a legitimação é um processo dinâmico. Não há esquecer que o modelo garantista estabelece parâmetros de legitimidade, razão pela qual somente na realidade cotidiana será possível verificar se a atuação jurisdicional foi mais ou menos garantista. A atuação do Poder Judiciário, como a de todo o poder estatal, não deve ser arbitrária. Deve ser controlada pelos demais poderes, bem como obedecer aos ditames constitucionais. Esta vinculação de todos os poderes estatais, na perspectiva garantista, é importante para nortear tal raciocínio. O controle da sociedade, através de reflexões e críticas da opinião pública, das instituições, da imprensa, da comunidade jurídica, também limita diretamente a atuação jurisdicional. Aliás, a pressão pública é que tem compelido à maior ação jurisdicional, com a explosão de demandas observada na sociedade contemporânea. Daí a necessidade de reforço das garantias sociais, dos meios de tutela disponíveis na sociedade civil, através das organizações não-governamentais, associações, sociedades civis, sindicatos, etc.

De fato, os direitos não são dados, mas conquistados, razão pela qual a teoria garantista enfatiza a necessidade do engajamento e participação da sociedade civil no reforço das garantias sociais, a evidenciar que qualquer atuação mais ativa do órgão jurisdicional depende do espaço criado pela ação da comunidade, mediante as lutas sociais, a depender do contexto

histórico, social, político e cultural vivido, tudo com vistas a criar uma rede de solidariedade.<sup>267</sup>

Para a legitimidade da intervenção judicial, deve haver uma interação e uma abertura entre o Poder Judiciário e a sociedade, mediante o conhecimento e a conscientização sobre a realidade social, bem como de sua responsabilidade e de seu papel no Estado Democrático de Direito. Para tanto, as tutelas coletivas, as audiências públicas, as inspeções judiciais e institutos como o do *amicus curiae*, bem como as informações provenientes de outras ciências, como as sociais e econômicas, são essenciais para o progresso neste campo. O ensino jurídico e o processo de formação e aperfeiçoamento dos magistrados em muito podem contribuir também.

Outrossim, como garantia contra possível arbitrariedade do Poder Judiciário, a observância do devido processo legal, do contraditório, da igualdade entre as partes e, em especial, a fundamentação das decisões judiciais são essenciais para assegurar a independência e a imparcialidade do julgador, a influenciar diretamente na aceitação dos julgados. Estas são condições procedimentais também necessárias à legitimidade da atuação jurisdicional.<sup>268</sup>

Neste aspecto, a ampliação do acesso à justiça para indivíduos excluídos do sistema, com a estruturação de Defensorias Públicas, com a adoção de medidas alternativas, como os Juizados Especiais, além do papel do Ministério Público Federal, afigura-se essencial para que todos os grupos sociais de fato possam participar do debate judicial.

Neste contexto, não se pode ignorar o risco de que os grupos mais organizados possam viabilizar de forma mais eficiente o seu pleito perante as instâncias judiciais. É um perigo enfrentado em todos os canais de discussões públicas, senão se observe a sistemática parlamentar e a influência de determinados grupos na administração pública. Esta circunstância deve ser levada em consideração, na avaliação pelo julgador da situação fática e jurídica, devendo extrair uma visão que tenha em vista a globalidade do sistema.

---

<sup>267</sup> Ferrajoli acentua que a perspectiva garantista tem por pressuposto essencial uma refundação democrática da representação política e um reforço dos institutos democráticos que possam reduzir o descompasso entre as instituições e o sistema social, quais sejam: a democratização dos partidos, a articulação de novas formas de participação política, o desenvolvimento de espaços de liberdade, de autodeterminação e de poderes sociais direitos que vinculem a representação (Tradução livre). Conferir FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**, n. 15. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 91.

<sup>268</sup> Cappelletti aponta os deveres de motivação pública, o princípio do dispositivo, a publicidade do processo e a garantia do contraditório como regras garantidoras da legitimidade democrática da função jurisdicional. Conferir CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 98, 102 e 106.

O processo judicial, hoje, já não pode ser visto com uma relação inter-partes, possuindo reflexos sociais muito maiores. Às vezes a atuação jurisdicional no processo de efetivação dos direitos sociais auxilia por seu caráter pedagógico, contribui para o debate público de questões fundamentais para a condução da comunidade, chama a atenção para uma necessidade social esquecida e pode auxiliar no ajustamento do sistema de prestações sociais.

Na política democrática, a responsabilização e a prestação de contas por parte dos governantes, com a transparência e a publicidade, que exige a liberdade de expressão e a imprensa livre, bem como novos canais alternativos de informação, tanto deve orientar a atuação jurisdicional no que concerne à exigência desta prestação de contas por parte dos demais poderes, como também lhe impõe diretamente esta responsabilidade, razão pela qual a publicidade do processo e a motivação das decisões judiciais são indispensáveis ao controle do Poder Judiciário.

Ademais, no campo dos direitos sociais, conhecer os reais motivos da não implementação de políticas públicas, da aplicação dos recursos públicos, do seu eventual desvio, dos efetivos gastos sociais, possibilita uma eventual reorientação e/ou uma melhor aplicação destes recursos, de forma que produza resultados mais efetivos. Esta maior ampliação da participação da comunidade na gestão dos recursos e na tomada de decisões políticas aperfeiçoa os procedimentos democráticos.

Sabe-se que a Constituição traça as linhas mestras a serem observadas no campo social e econômico, em busca do bem comum, não sendo de boa técnica o fechamento dos meios de alcance de tais objetivos para não tolher a autonomia da sociedade, mesmo porque a inefetividade, já que há um grande descompasso entre realidade e o plano ideal, tenderia a exaurir a normatividade constitucional de forma mais drástica.

A Constituição, portanto, não deve ser um sistema normativo fechado, mas sim aberto, para que possa se adequar à realidade econômica, social e política do país. Neste contexto, há uma margem de conformação por parte do legislador e um campo de discricionariedade por parte do administrador para adequação dos preceitos constitucionais ao mundo da vida, com a eleição das opções políticas e dos programas sociais e econômicos voltados para o alcance das metas fixadas, havendo necessidade de se priorizar objetivos, de se efetuar escolhas, de ponderar elementos fáticos e jurídicos, dentro de um quadro geral.

A ação do Poder Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais não deve ser feita de modo a suprimir esta esfera de autonomia pública e privada. Existe um campo de liberdade necessário para a atuação dos governantes, mesmo porque muitas vezes as políticas públicas são tecnicamente complexas, demandando estudos, bem como aplicação prática para

aferição de seus resultados. Contudo, esta liberdade também deve respeitar os parâmetros constitucionais. Não se aceita mais atualmente a discricionariedade ilimitada e imune ao controle jurisdicional.<sup>269</sup> Cumpre ressaltar que o sistema garantista destaca-se como uma técnica de diminuição da discricionariedade.<sup>270</sup>

A partir da definição das políticas públicas, como o conjunto de ações estrategicamente desenvolvidas para realização dos fins e objetivos estatais e da constatação de deverem estar, no Estado Democrático de Direito, todos os poderes estatais e a sociedade civil voltados para o alcance dos princípios constitucionais e para realização dos direitos fundamentais, deve-se concluir haver base normativa e axiológica vinculante das políticas públicas.

O constitucionalismo consolidou-se em face desta necessidade de limitação da arbitrariedade dos poderes, estatais e privados, para o atendimento e proteção dos cidadãos de uma comunidade política.

Este espaço de autonomia para desenvolvimento das políticas públicas, portanto, não deve ficar sujeito ao arbítrio irresponsável ou ao voluntarismo dos governantes, mas também pode ser examinado à vista do sistema constitucional, seja no aspecto procedimental (forma, origem, competência), seja no aspecto substancial (corpo axiológico constitucional protetor dos direitos fundamentais).

Em sendo assim, deve ser revista a objeção em relação à atuação jurisdicional que faça compelir à concretização dos direitos sociais no que concerne à não sindicabilidade judicial das opções políticas do legislador e do administrador. Todos os atos ativos ou omissivos dos governantes devem obedecer ao plexo normativo e axiológico constitucional, bem como ao ordenamento legal. Adere-se à posição daqueles que entendem que os atos políticos também podem ser objeto de controle jurisdicional, como qualquer ato praticado pelos poderes estatais,<sup>271</sup> principalmente quando em questão violações aos direitos fundamentais.

<sup>269</sup> Sobre o assunto Palu ressalta que apesar da amplitude da margem de conformação do legislador, esta não é absoluta. Outrossim, ressalta que a prática dos atos administrativos no exercício do poder discricionário deve respeitar os direitos, liberdades e garantias, à Constituição e ao Direito, parâmetros imediatos de vinculação do mencionado poder. Conferir PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25, 162-163.

<sup>270</sup> Conferir CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/DiegoApontamentosIAG.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2005.

<sup>271</sup> Neste sentido, Miranda ressalta que, como atos diretamente subordinados à Constituição, os atos políticos ou de governo estão sujeitos ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Conferir MIRANDA, Jorge. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 apud PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25; Baracho Júnior ressalta, tendo em vista a realidade brasileira complexa, ser inadequado delimitar um espaço para questões eminentemente políticas infensas à apreciação jurisdicional, ressaltando não haver nas sociedades contemporâneas uma questão exclusivamente política ou jurídica. Conferir BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo*

Ao tratar sobre a possibilidade do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos políticos, Rui Barbosa já identificava como linha diretriz as colisões entre os direitos do indivíduo e os poderes estatais, isto é, quando o exercício do poder fere um interesse apoiado em um direito, “a intervenção judiciária é incontestável”. Deste modo, prossegue, ainda que confiados à discrição dos governantes, se violam garantias individuais, mesmo os atos políticos podem ser sindicados, de forma que o arbítrio de cada função política tem por termo os direitos individuais e coletivos, garantidos constitucionalmente.

Ao final do exame dos atos políticos, Rui Barbosa conclui que “a violação de garantias individuais, perpetradas à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais”.<sup>272</sup> Não obstante a atualidade das considerações, com a expansão e constitucionalização dos direitos sociais ocorridas no século XX, deve-se acrescentar a esta assertiva a garantia dos direitos sociais.

Assim sendo, não se pode afastar da apreciação judicial ações ou omissões violadoras dos direitos sociais sob o pretexto de restarem no âmbito da discricionariedade do legislador e/ou administrador ou consistirem em “questão política”, mormente quando a função jurisdicional tem por razão maior a garantia dos direitos fundamentais das pessoas em face dos poderes.

Ademais, hoje observa-se haver uma redefinição da discricionariedade, para entendê-la como vinculada aos princípios e ao sistema constitucional, em especial no que concerne aos direitos fundamentais, afastando a idéia da liberdade absoluta ou ilimitada ou não-controlável, seja na margem de conformação do legislador, seja no campo de ação do administrador.

No Brasil, em especial, por muito tempo foi aceita a classificação tradicional dos atos administrativos em vinculados e discricionários, segundo a qual os primeiros são praticados sem qualquer margem de liberdade por estarem previstos legalmente todos os seus elementos, enquanto os segundos apresentariam alguns elementos não passíveis de controle jurisdicional, sujeitos à livre escolha do administrador entre as várias alternativas possíveis.

A avaliação crítica sobre os aspectos vinculados e discricionários dos atos administrativos, contudo, demonstra que esta distinção deve ser efetuada apenas no tocante à intensidade do vínculo à lei, pois o ato administrativo sempre apresenta um grau maior ou

---

Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 337.

<sup>272</sup> Conferir BARBOSA, Rui. **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 97-108. v. 11.



menor de vinculação ou discricionariedade,<sup>273</sup> sujeito sempre à observância dos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, principalmente no que concerne aos seus motivos (fundamentos de fato e de direito).

De fato, se o agente público deve ser movido pelo bem comum, em especial em face da indisponibilidade de bens e interesses pelos quais lhe compete zelar, deverá efetuar escolhas tendo em vista o melhor alcance deste objetivo.<sup>274</sup>

Mesmo no campo da discricionariedade, a escolha efetuada deve ser fundamentável juridicamente, o que amplia o controle do mérito administrativo, não para autorizar a substituição de juízos de conveniência e oportunidade efetuáveis em situações que permitam a dupla escolha, mas sim no sentido da avaliação do demérito da escolha realizada, para coibir desvios de finalidade e motivações destituídas de consistência e ações suficientes.<sup>275</sup>

A motivação passou a ser vista como indispensável para demonstração da legitimidade do ato administrativo, seja vinculado ou discricionário, não obstante se concorde com que possa ser relevada para fins de anulação, caso não acarrete prejuízos para o administrado ou ainda quando esta anulação não seja útil. É claro haver exceções para o dever de motivação quando se tratar de atos de mero expediente, ordinatórios e daqueles cuja motivação for expressamente dispensável pela Constituição, não obstante sempre devam obedecer aos ditames legais e constitucionais.

Foram desenvolvidos vários critérios para o controle jurisdicional dos atos administrativos, para fins de análise da efetiva discricionariedade, dentre os quais cabe destacar as técnicas dos direitos fundamentais, do desvio de finalidade, dos motivos determinantes, do equacionamento dos conceitos jurídicos indeterminados e do emprego do princípio da proporcionalidade, razão pela qual houve patente expansão do campo de sindicabilidade dos mencionados atos, mesmo nos espaços de escolha efetuados pelos administradores, a qual deve apresentar uma base eminentemente principiológica.

Através da teoria sobre os conceitos jurídicos indeterminados, delineou-se a possibilidade de reconstrução judicial da interpretação dos conceitos indeterminados, conceitos vagos, abstratos e/ou ambíguos, fixados legalmente como base para atuação

<sup>273</sup> Freitas observa possuírem os atos vinculados um campo de liberdade residual, bem como não existir discricionariedade pura de escolha ou conformação por parte do agente público a ponto de autorizar a ação em confronto com os princípios constitucionais. Conferir FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211 e 217.

<sup>274</sup> Neste sentido, conferir MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Org.). **Ação civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 721.

<sup>275</sup> Conferir FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211 e 217. No dizer de Freitas, o mérito poderá até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito sempre.

administrativa, mediante a análise dos casos concretos. No campo dos direitos sociais, especial interesse pode provocar a matéria, tendo em vista que sua disciplina constitucional se faz, em muitos casos, através da previsão de diretivas, metas e fins da atividade estatal, como por exemplo, “o interesse público”, a “função social”, “moralidade”, “eficiência”, etc.

Para alguns, os casos que envolvessem o uso dos conceitos jurídicos indeterminados, a partir da análise das condições concretas de sua aplicação, somente ensejariam uma única conduta, sem qualquer margem de discricionariedade por parte do administrador. A real discricionariedade dar-se-ia caso houvesse duas alternativas válidas e justas. Esta diferenciação, no entanto, hoje vem sendo objeto de crítica, sob o argumento de ter sido observado que, mesmo nos casos dos conceitos jurídicos indeterminados, há situações que ensejam várias soluções possíveis e razoáveis.

Não é hoje imune a críticas o tratamento diferenciado entre conceitos jurídicos indeterminados, que exigiriam interpretação com controle pleno da atividade administrativa e discricionariedade, consubstanciada em juízos de conveniência e oportunidade, que somente permitiram a sindicabilidade em casos de patentes erros de avaliação ou arbitrariedade.<sup>276</sup>

Extraí-se desta reflexão que o dogma da não-sindicabilidade judicial da discricionariedade deve ser objeto de reflexão crítica, porque muitos atos permitem um maior controle judicial, não se subsumindo a hipóteses de mera análise de conveniência ou oportunidade.<sup>277</sup>

Verifica-se, portanto, que o desenvolvimento de técnicas de controle da discricionariedade, de forma mais ou menos intensa nos diversos ordenamentos jurídicos, buscam reduzir o campo de arbitrariedade e de injustiça por parte do administrador, já que embora deva existir a liberdade para que a Administração flua, esta atuação deve ser direcionada ao bem comum, não a interesses políticos e pessoais.

Neste contexto, é que o modelo garantista, a exigir a postura crítica do intérprete no tocante às leis, em relação à sua compatibilidade com o ordenamento constitucional, bem como a pretensão de aproximação máxima da norma com a realidade, no campo dos direitos sociais, encontra significativa adequação, mormente porque justifica a interpretação voltada à colmatação de lacunas, para colocar em vigor preceitos não observados.

---

<sup>276</sup> Freitas entende não ser de maior valia tal distinção, pois o controle deve ser feito tanto ao uso dos conceitos jurídicos indeterminados quanto à discricionariedade, já que remanesce um âmbito de discernimento ou discricção na aplicação de qualquer comando normativo. Conferir FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 234.

<sup>277</sup> Mancuso ressalta que os atos e fatos de gestão pública realmente não sindicáveis são uma exceção no ordenamento jurídico, sendo o campo da não sindicabilidade judicial muito restrito. Conferir MANCUSO,

É importante frisar a necessidade de uma esfera de autonomia da Administrativa Pública no cumprimento dos preceitos constitucionais. Contudo, para isso a motivação é muito importante, porque, através dela, se dará publicidade dos motivos que orientaram a escolha, a permitir a avaliação e controle por parte de toda a sociedade. Afinal, a atividade administrativa é orientada por todo o sistema normativo, razão pela qual o exercício do espaço de autonomia deve obedecer a critérios de transparência e publicidade, isto é, devem ser justificáveis e estar em consonância com os princípios e os direitos fundamentais.

O problema principal ocorre quando há mais de uma alternativa possível e razoável para o tratamento da questão, o que é bastante recorrente, não podendo a decisão judicial servir de mera substituição do juízo do julgador pelo administrador ou legislador. Nestes casos, parece razoável que entre duas alternativas plausíveis para as decisões, deva imperar a autocontenção do juiz, devendo ser respeitada a decisão do administrador, mas sempre tendo por parâmetro de controle as técnicas garantistas, de melhor atendimento aos direitos fundamentais e diminuição do descompasso entre norma e realidade.<sup>278</sup>

No entanto, na esteira do raciocínio da contenção do arbítrio do julgador, no campo dos direitos sociais, pode-se evitar esta substituição com a adoção de técnicas do tipo preventivo, como também daquelas que oferecerem um prazo para que o legislador apresente um projeto ou uma prospectiva para implementação ou apresente dados concretos que demonstrem a efetiva inviabilidade financeira de fazê-lo, e/ou rediscuta e corrija suas ações, sem descurar da hipótese de reparações civis.<sup>279</sup>

Não é de olvidar que muitas políticas públicas sociais são complexas, demandando o conhecimento de dados financeiros, orçamentários, sociais, a exigir uma considerável estrutura técnica e burocrática. A questão principal subjacente às perspectivas de controle jurisdicional de tais políticas diz respeito à capacidade técnica do Poder Judiciário de examinar o acerto da decisão administrativa, isto é, se o órgão judiciário possui igual ou melhor preparação técnica para realizar juízos prospectivos ou de prognose que o órgão administrativo.

---

Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 726.

<sup>278</sup> Conferir CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 168 e 170, para quem o controle jurisdicional da discrecionalidade, na perspectiva garantista, deve ser feito de forma que melhor garanta os direitos fundamentais e mais efetive as normas constitucionais, com a redução da desconformidade entre realidade social e jurídica, para assegurar, no maior grau possível, a proteção dos direitos.

<sup>279</sup> Consoante visto no item 2.1.7, ao se verificar a proposta de Pisarello. Conferir PISARELLO, Gerardo. **Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15\\_03.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2005.

No âmbito do processo judicial, a situação pode ser resolvida, em parte, através da atuação de peritos, que possam analisar tecnicamente a questão posta. Contudo, há países em que os próprios juízes já vêm reclamando da dependência exacerbada do trabalho dos peritos.<sup>280</sup> A organização da sociedade civil, no sentido de apresentar dados e avaliações de natureza técnica quando do ajuizamento de ações também se faz fundamental.

Desta maneira, no que concerne à margem de conformação do legislador e à liberdade de ação do administrador para adoção das opções políticas viabilizadoras da efetivação dos direitos sociais, releva atentar para que todos os atos administrativos são passíveis de controle jurisdicional, porque submetidos às normas constitucionais. A dimensão deste controle, no entanto, é variável, devendo ser considerado para fins de seus limites a capacidade técnica do Poder Judiciário e a premissa de que a atividade jurisdicional não deve ser meramente substitutiva da administrativa, pois, havendo várias opções juridicamente possíveis, não há como censurar aquela adotada pelo administrador, mas sempre tendo em perspectiva a técnica garantista de adoção da solução que melhor tutele os direitos sociais, extraíndo a sua máxima eficácia, diante das possibilidades concretas.

Como bem destacado por Freitas, muitos direitos fundamentais permanecem sendo preteridos em nome da discricção do Poder Público, sendo desafio do controlador dar-lhes efetividade, superando as preocupações baseadas em custos, no mínimo no que concerne ao seu núcleo essencial.<sup>281</sup> A perspectiva do núcleo essencial do direito social, de fato, é um importante balizamento para a atuação jurisdicional.

É importante frisar que os direitos sociais estão dispostos em um sistema multinível de proteção, sendo que a teoria garantista não ignora esta dimensão global, ao destacar o caráter supraestatal dos direitos fundamentais, acentuando a importância da função jurisdicional e do Estado de Direito contra os influxos negativos que possam ser produzidos pela globalização econômica. A proposta garantista, inclusive, abrange a ampliação das garantias para efetivação dos direitos em sede internacional.

Sabe-se que o processo de reconhecimento dos direitos sociais nas ordens nacionais sofreu muitas influências de sua internacionalização. Aliás, as influências são recíprocas, a partir de uma interação dialógica, de forma que as atuais Constituições contêm dispositivos que asseguram uma abertura à ordem normativa internacional. Neste contexto, a técnica garantista, ao tomar por parâmetro as garantias constitucionais aos direitos fundamentais e a

---

<sup>280</sup> Conferir KRELL, Andreas. J. Discricionariedade Administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 8, p. 177-224, dez. 2004.

<sup>281</sup> Conferir FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 219.

necessidade de suas ampliação em todos os níveis, reforça a possibilidade de a função jurisdicional recorrer ao ordenamento supraestatal, o que também pode ser utilizado como referência para a realização da tarefa do Poder Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais.

Em suma: a partir da concepção ampla da democracia, a identificar um processo múltiplo de convivência civil que envolve a dinâmica entre os órgãos político-representativos, o constitucionalismo, a jurisdição constitucional, a sociedade civil e a esfera pública, deduz-se não se poder extrair apenas um aspecto para configuração da legitimidade democrática. Neste contexto a redefinição da democracia por parte da teoria garantista, ao distinguir a democracia formal e a democracia substancial, para propugnar pela ampliação das garantias jurídico-constitucionais, político-representativas e sociais, em muito auxilia esta compreensão.

No que se refere à função jurisdicional no processo de efetivação dos direitos sociais, dentro de uma perspectiva garantista desta função como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade, pode-se identificar o fundamento de sua legitimidade no Estado de Direito, a impor vínculos a todos os poderes estatais no sentido de respeitar o exercício dos direitos fundamentais (abstenção), como também de concretizá-los, quando demandarem prestações (ação).

Na prática cotidiana, poderá ser aferida a maior ou menor legitimidade da atuação jurisdicional no que concerne à efetivação dos direitos sociais, com base no paradigma garantista, que exige uma postura crítica do intérprete no que concerne à conformidade das normas e práticas estatais e sociais com a Constituição e voltada para a maior efetividade das normas constitucionais, visando reduzir o descompasso entre o plano normativo e real.

A atuação do Poder Judiciário encontra-se limitada, naturalmente, pelas condições fáticas de realização dos direitos sociais, a incluir a conjuntura econômica, política, cultural e social da comunidade, mas há um grande campo de possibilidades que pode ser explorado em prol do dever de efetivação dos direitos sociais, com o fito de auxiliar na transformação do quadro de opressão ora enfrentado em todo o mundo, sem o qual o processo de obtenção do assentimento e da adesão da coletividade tende a sofrer progressivo arrefecimento.

## CONCLUSÕES

A Humanidade vive uma época de paradoxos: a tecnologia e as ciências encontram uma evolução sem precedentes, mas as relações humanas e sociais enfrentam um processo de deterioração cada vez maior. Significativa parcela da população mundial sobrevive em condições de miséria, de exploração e de fome, sem maiores perspectivas de melhoria que venha a lhe proporcionar uma existência de vida condigna.

O panorama apresentado tende a agravar-se com a explosão demográfica e a progressiva escassez de recursos naturais, sendo necessário investigar propostas que viabilizem uma melhor distribuição de riquezas na sociedade, para permitir um acesso mais igualitário à educação, à saúde, ao trabalho, à habitação, à previdência social e à assistência, com especial proteção às minorias. Em suma, torna-se necessário expandir o gozo dos direitos sociais para as pessoas e grupos sociais excluídos, com o fito de alcançar uma convivência civil mais justa e harmoniosa.

Neste contexto, os direitos sociais foram teorizados com base no alcance do ideal da igualdade, através da solidariedade, dever do Estado e da sociedade civil, aos quais incumbe empreender ações públicas no sentido do oferecimento de condições materiais básicas para o maior número possível de indivíduos, com vistas à redução das disparidades sociais e econômicas.

Do estudo do amadurecimento histórico dos direitos sociais, verificou-se haverem estes resultado de uma congregação de idéias e pensamentos filosóficos e políticos dos mais variados povos em diversas épocas da História, porém com uma influência mais direta da doutrina dos direitos naturais, que prega a superioridade e anterioridade dos direitos dos indivíduos, seja em relação ao Estado, seja em relação ao direito positivo, bem como a transcendência destes direitos a todos os povos. Esta doutrina serviu de base ideológica para os movimentos revolucionário francês e americano, os quais foram decisivos para proporcionar o reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos oponíveis ao Estado, contudo acabaram por dar margem à sua concepção individualista, o que por muito tempo foi usado como justificativa para a negação de direitos sociais.

Um cenário de grande tensão social, agravado pelas conseqüências da Revolução Industrial, foi vetor de lutas e enfrentamentos que reivindicaram a intervenção estatal para

garantir o equilíbrio das relações sociais, a fim de assegurar a igualdade de oportunidades a todos os componentes da sociedade, o que levou a um processo de constitucionalização dos direitos sociais no mundo ocidental, modificando o perfil do Estado para lhe dar uma conotação mais social. Este grande movimento social também deu ensejo à progressiva internacionalização dos direitos sociais, com especial desenvolvimento após as duas grandes guerras mundiais, que reforçaram a consciência do caráter universal dos direitos fundamentais e a insuficiência da instância interna para protegê-los de violações perpetradas pelo próprio ente estatal.

Houve, portanto, uma evolução da concepção do Estado, para agregar às suas tarefas a promoção dos direitos sociais, através do modelo de intervencionismo estatal estabelecido constitucionalmente, tendo em vista que o projeto econômico e social da comunidade deve resultar de uma decisão coletiva adotada de forma democrática, diante da consciência da limitação das disponibilidades econômicas e da necessidade de efetuar escolhas, estabelecer prioridades, ponderar entre bens e valores. Delineou-se, desta forma, o Estado Democrático de Direito.

O percurso histórico traçado dos direitos sociais demonstra que o seu processo de reconhecimento e implementação possui um caráter profundamente histórico, dependente de contínua luta e participação da sociedade, que não se desenvolve de forma linear, mas apresenta recuos e avanços, conforme o contexto histórico, político, cultural e social das comunidades. A sociedade não é homogênea, mas sim pluralista, devendo ser respeitada sua característica, de forma que o progresso dos direitos sociais correlaciona-se com esta articulação entre os diferentes grupos sociais, as variadas vertentes de pensamento, os diversos valores culturais, as circunstâncias políticas e econômicas, através de um processo dialógico, em que se busca a promoção da igualdade.

A par deste processo histórico, formaram-se sistemas normativos de proteção aos direitos sociais em diversos níveis: local, regional e universal. Em nível interno, o quadro constitucional dos direitos sociais no Brasil, também produto de um confronto de forças entre vários grupos sociais, para buscar a congregação entre os diversos interesses, evidencia o compromisso fundamental traçado para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, identificando-se com os mais aperfeiçoados ordenamentos das democracias sociais. Os diferentes sistemas de tutela dos direitos sociais funcionam de forma complementar e produzem contínuos influxos entre si, pelo que, menos que tentar identificar a ordem prevalente, deve-se buscar a solução extraída da conjugação das diversas ordens que melhor possa auxiliar na efetivação dos direitos sociais.

Com a intensificação das relações internacionais ocorridas com a globalização, a interação entre as ordens interna, regional e internacional de proteção dos direitos sociais se faz ainda mais importante, sobressaindo a função do Estado Democrático de Direito nesta compatibilização, com suas garantias institucionais, para manter este canal de interação, pois o reforço das esferas locais de participação política e social afigura-se indispensável à democratização deste processo global de integração, esferas estas mais próximas aos cidadãos e, em tese, mais sensíveis às suas necessidades básicas.

Diante de um processo de globalização profundamente influenciado pelo poder econômico e de mercado, que adota um modelo de exclusão social, torna-se necessário criticar e buscar soluções alternativas que tenham em pauta a primazia da pessoa humana.

Desta feita, se no plano normativo foi estabelecida uma tutela multinível dos direitos sociais, ressentem-se estes de maiores garantias de implementação, pois a realidade hoje vivenciada apresenta um mundo profundamente desigual, com elevada concentração de renda nas mãos de poucos, a despeito das conseqüências sociais produzidas. O gozo dos direitos sociais básicos não estão sendo proporcionados à maior parte da população mundial, sendo muitos os problemas enfrentados: subnutrição, pobreza, falta de acesso à educação, à água potável, ao saneamento básico, etc.

Outrossim, embora os direitos sociais que demandam prestações dependam de recursos financeiros para a sua implementação, devendo haver liberdade da escolha dos meios de realização dos programas estatais, para melhor adequação às possibilidades econômicas do Estado, verifica-se que nem sempre o desenvolvimento econômico é acompanhado de melhores condições de vida para a população. Desta feita, patenteou-se a necessidade de buscar meios de fiscalização, discussão e acompanhamento das ações voltadas à efetivação dos direitos sociais.

As garantias jurisdicionais são uma alternativa apresentada. Contudo, objeta-se contra a atuação do Poder Judiciário a ausência de legitimidade democrática para atuar de forma mais ativa no processo de efetivação dos direitos sociais, por demandar este processo uma margem de conformação por parte do legislador e uma liberdade de ação por parte do administrador, eleitos democraticamente para adotar as decisões públicas mais importantes da comunidade, dentre as quais a de alocação de recursos.

Para o exame do tema, adotou-se como marco teórico a teoria garantista, a fim de se refletir criticamente sobre esta alegada ausência de legitimidade democrática.

Após evidenciar-se a interdependência entre os direitos políticos e civis e os direitos sociais, para demonstrar que as prestações sociais são um importante instrumento de inclusão



dos indivíduos na esfera de participação pública, em especial política, do mesmo modo que as liberdades políticas são fundamentais para as reivindicações sociais, justificou-se a adoção do garantismo como marco teórico por analisar a estrutura democrática do Estado a partir do paradigma de atendimento dos direitos fundamentais.

A teoria garantista propõe um reforço dos meios de proteção dos direitos fundamentais, sem efetuar distinções quanto ao dever do Estado de realização dos direitos individuais e sociais. Parte de uma concepção instrumental do Estado como aquela organização política destinada ao atendimento das necessidades vitais do indivíduo e da sociedade, o que o justifica para o exercício do poder político, que, assim, encontra sua razão de ser no atendimento dos direitos fundamentais. Esta perspectiva de legitimidade leva à análise das ações estatais sob a ótica do menor ou maior alcance deste fim.

Para o garantismo, todos os poderes estatais encontram-se obrigados a funcionar de forma complementar para o atendimento das garantias liberais ou negativas, consistentes na vedação de violação dos direitos civis e políticos, características do Estado Liberal de Direito, como também para o atendimento das garantias sociais, consubstanciadas nos deveres públicos de implementar os direitos sociais. Este conjunto das garantias liberais e sociais, submetidas ao princípio da legalidade e da universalidade da jurisdição, materializa o Estado Social de Direito.

A democracia, sob a ótica garantista, sofre uma resignificação, integrando Estado Democrático e Estado de Direito, para abranger não somente uma dimensão formal, relativa às regras de competências e procedimentos, mas também uma dimensão substancial, concernente à garantia dos direitos fundamentais, que limitam o que se deve ou não se deve decidir. Portanto, a visão da democracia ultrapassa a simples idéia do consenso pela maioria devidamente representada, para também abranger a promoção das necessidades vitais da pessoa e da sociedade, de modo que a maioria não deve decidir contra estes mais altos valores éticos da comunidade, nem deixar de decidir em prol de sua concretização.

A técnica garantista também exige uma postura crítica do intérprete, em contraponto às posturas tradicionais contemplativas, no sentido de atuar em prol da maior aproximação entre o plano fático e normativo, a par do descompasso entre normatividade e efetividade, bem como, à vista da Constituição, invalidar as normas inferiores com ela incompatíveis, bem como colmatar as lacunas decorrentes da não efetivação das normas superiores. Como a postura é eminentemente valorativa, a teoria garantista destaca a indispensável fundamentação das decisões judiciais, o que serve de limite para atuação do Poder Judiciário.

Ao reclamar um sistema de tutelas mais eficazes de direitos, a teoria garantista não somente se restringe às garantias jurídico-constitucionais, mas também às garantias no campo dos foros de participação políticas e no âmbito da sociedade civil, isto é, garantias políticas, jurisdicionais e cidadãs, no plano local, regional, estatal e internacional.

De maneira geral, a teoria garantista ressalta o papel da jurisdição como meio de tutela dos direitos sociais contra os poderes estatais e privados. A importância desta visão garantística da função jurisdicional, como instância de salvaguarda dos direitos fundamentais, vem alcançando grande dimensão, com a adoção de novos meios de tutela que melhor assegurem a defesa de tais direitos.

Após a apresentação da teoria garantista, ao constatar-se que a problemática da legitimidade democrática do Poder Judiciário no que concerne a uma atuação voltada à efetivação dos direitos sociais relaciona-se com a questão da polêmica tensão entre democracia representativa e constitucionalismo, extraiu-se que a democracia abrange muito mais que o simples sistema representativo, tendo em vista a sua insuficiência para traduzir a soberania popular, que abrange também, além da participação nos rumos do governo, a destinação das decisões públicas para a promoção do bem comum. Verificou-se, portanto, da estreita correlação entre democracia e direitos fundamentais, a demandar a conjugação da regra da maioria com a realização deste direitos.

O ambiente democrático, portanto, pressupõe a interação entre órgãos político-representativos, constitucionalismo, ação da sociedade civil e da esfera pública, enfim, uma ampliação dos foros públicos de participação da comunidade, que proporcione a realização dos direitos e a criação de novos direitos, a partir de uma fecunda discussão social. Desta feita, mais que uma incompatibilidade, deduziu-se uma complementação entre constitucionalismo e democracia representativa, de modo a fomentar um ambiente aberto e interativo de convivência civil.

Destarte, partindo-se na noção de legitimidade como o fundamento pelos quais os indivíduos aceitam o exercício do poder, aderindo livremente ao seu comando, bem como tomando-se por base a concepção ampla da democracia, ainda tendo em vista a especial função da jurisdição de proteção dos direitos fundamentais, constata-se existir base para a legitimidade democrática do Poder Judiciário no processo de efetivação do Estado Social de Direito, diante da viabilidade de obtenção de assentimento do corpo social à pertinência das decisões judiciais, através da análise crítica de sua fundamentação, por assegurar a maior participação dos cidadãos nos processos de deliberação pública importantes para a

comunidade, bem como a compatibilização deste processo com conteúdos de justiça e de atendimento dos direitos fundamentais.

Extraiu-se, portanto, uma perspectiva de legitimidade no sentido de atendimento da democracia procedimental, com a inclusão de maiores participantes no processo de deliberação pública coletiva, como também da democracia substancial, com a verificação dos conteúdos destes processos com a justiça e os direitos fundamentais, tudo sempre vinculado à obediência dos ditames constitucionais.

Em sendo a razão de ser do Poder Judiciário a existência de uma instância independente dos poderes encarregados de governar a quem pudessem recorrer os cidadãos para a proteção de seus direitos em face dos demais e dos poderes públicos, não há como identificar a sua legitimidade com o fato da eleição ou não de seus membros pelos cidadãos.

A contribuição da teoria garantista para a análise da legitimidade em questão é fundamental, seja para realçar a função de defesa de direitos do foro jurisdicional, seja para conceber a necessidade da atuação complementar dos poderes para a realização dos objetivos estatais de atendimento dos direitos fundamentais, seja ainda para reforçar a implementação dos direitos sociais como deveres públicos, sem preterir a obrigação de concretizá-los. De fato, como a garantia dos direitos sociais se faz através de ações positivas, não há como se efetivar na instância jurisdicional sem o controle da omissão dos demais poderes, que pode requerer uma impulsão e/ou complementação.

É certo que esta legitimidade deve ser aferida na prática cotidiana, não significando que toda atuação jurisdicional é por si só legítima, cumprindo ser destacado que o modelo garantista estabelece parâmetros para tanto, que devem servir para a sua aferição em cada caso.

A atuação jurisdicional no campo da efetivação dos direitos sociais deve ser feita de forma equilibrada, como complementar e subsidiária, já que a formulação e implementação de políticas públicas sociais é incumbência por excelência dos órgãos legislativos e executivo, com a necessária participação da sociedade civil. A postura não é de confronto, mas de cooperação. É limitada pelas possibilidades concretas de realização, devendo considerar a universalidade do sistema e a razoabilidade da pretensão exigida pelo indivíduo ou grupo perante a sociedade, já que a distribuição de prestações estatais deve ser feita de forma ordenada e igualitária.

Esta atuação também não pode ser arbitrária, cumprindo ressaltar que a teoria garantista é uma técnica de diminuição de discricionariedade, o que também se aplica ao órgão julgador. Portanto, o Poder Judiciário encontra-se sujeito ao controle pela sociedade e pelos demais

poderes estatais, devendo obediência à Constituição. O garantismo não se restringe ao reforço das garantias jurisdicionais, mas também sociais e políticas. Neste contexto, o dever de fundamentação, de publicidade dos processos, de transparência, da observância do contraditório, da igualdade entre as partes e a interposição de recursos são garantias procedimentais da obtenção da legitimidade das decisões judiciais. As garantias substanciais dizem respeito ao conteúdo de justiça da decisão a par dos valores éticos da consciência universal, consubstanciado nos direitos fundamentais.

A atuação do Poder Judiciário não pode ser efetuada de forma a aniquilar a esfera de autonomia pública e privada, mas é preciso compreender que esta discricionariedade possui limites e deve ser controlada e cotejada com a promoção do bem comum, estando vinculada ao plexo constitucional normativo e axiológico. Não se defende, em momento algum, a assunção pura e simples das funções dos demais poderes, mas que estes não as exerçam ou deixem de exercê-las de forma irresponsável, buscando-se soluções alternativas para correção de falhas ou insuficiências do exercício de tais funções, que podem requerer, em alguns casos, uma ação suplementar do Poder Judiciário.

Neste contexto, a técnica garantista que exige a avaliação crítica do intérprete a par do ordenamento constitucional, para resolução de contradições e colmatação de lacunas, bem como para intentar a aproximação máxima da norma com a realidade, abre espaço para uma atividade jurisdicional criativa que procure alternativas que melhor efetivem os direitos sociais dos cidadãos.

Não há fórmulas mágicas. O avanço no processo de concretização dos direitos demanda uma luta conjunta de todos os setores da sociedade, estando sujeito a inúmeras variáveis políticas, históricas, econômicas, culturais e sociais. Não se deve, contudo, adotar posturas conformistas. É necessário refletir, criticar, encontrar soluções e ações alternativas. Neste contexto, as garantias jurisdicionais não podem ser desprezadas neste processo, devendo ser o sistema judicial avaliado e aperfeiçoado para tanto.

Desta feita, a legitimidade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais deve ser objeto de construção permanente, mediante um grande campo de atuação a ser explorado, que viabilize um maior grau de aceitação e a real adesão da coletividade que impescinde de uma melhor satisfação dos seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 135-167.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

AMARAL, Gustavo. Interpretação do direitos fundamentais e conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRÉ, Adélio Pereira. **Defesa dos direitos e acesso aos tribunais**. Lisboa: Horizonte Jurídico, 1980.

ANNONI, Danielle. O direito da democracia como requisito imprescindível à cidadania. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 93-108.

ANTUNES, José Pinto. **Os direitos do homem no regime capitalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947.

ANTUNES, Ruy Barbedo. **Globalização e direitos humanos**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/GLOBANTUNES.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2005.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2002.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular, e accountability. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452002000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000100004). Acesso em: 16 maio 2005.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Edipro, 1995.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Globalização, direitos humanos, desenvolvimento. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 125-144.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 315-345.

BARBOSA, Rui. **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1962. v. 11.

BENTO, Leonardo Valles. Para além do “Consenso de Washington”: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 371-386.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral de direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 103-193.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3/DF- Convenção n. 158/OIT. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 18 de maio de 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, Seção 1, p. 429, maio 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/DiegoApontamentosIAG.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa – Lei do Tribunal Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida** – uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. **A judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Disponível em: <[http://64.233.187.104/search?q=cache:AqDLMwtpt-0J:www.cienciapolitica.org.br/Ernani\\_Carvalho.pdf+Ernani+Carvalho+A+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+pol%C3%ADtica+no+Brasil&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.187.104/search?q=cache:AqDLMwtpt-0J:www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf+Ernani+Carvalho+A+judicializa%C3%A7%C3%A3o+da+pol%C3%ADtica+no+Brasil&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 30 jun. 2005.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos Humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 9-28.

COSTA, José Ricardo Caetano. **A (des) regulamentação dos direitos sociais a partir da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol2/06.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2005.

COURTIS, Cristian; ABRAMOVITCH, Victor. Fuentes de Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos economicos, sociales y culturales. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 79-91.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. In: EIRAS, Henrique (Org.) **Direitos do homem**. Lisboa: Rei dos Livros, 1999.



DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **El garantismo y la filosofía del derecho**, n. 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-215.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito**: uma introdução política do direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Capítulo I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

IANNI, Octávio. Globalização: novo paradigma das Ciências Sociais. In: ADORNO, Sérgio. (Org.). **A Sociologia entre a modernidade e a contemporaneidade**. Porto Alegre: 1995. p. 13-25.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 143-157, out. 2003.

KOZICKI, Kátia. **Analisando as relações entre o direito e a política democrática**. Disponível em: <<http://136.142.158.105/Lasa2001/KozickiKatya.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2005.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade Administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 8, p. 177-224, dez. 2004.

LABRADA RUBIO, Valle. **Introducción a la teoría de los derechos humanos:** fundamento: historia. Declaración Universal de 10 de Diciembre de 1948. Madrid: Civitas, 1998.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** constituição, racismo e relações internacionais. Barueri-SP: Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

\_\_\_\_\_. **Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais.** Disponível em: <[http://150.162.138.14/arquivos/globalizacao\\_economica.htm](http://150.162.138.14/arquivos/globalizacao_economica.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil:** desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil:** possibilidades materiais. Disponível em: <<http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/default.php>>. Acesso em: 30 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LEFÈBVRE, Georges. **1789 - o surgimento da Revolução Francesa.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** 2. ed. Barcelona: Ariel, 1982.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María. **Yo, el Estado.** Madrid: Trotta, 1992.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **La lucha por el Estado de Derecho.** Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de España, 1975.

MAGALHÃES, José Luiz. **A crise da democracia representativa.** o paradoxo do fim da modernidade. Disponível em: <[http://64.233.179.104/search?q=cache:i\\_iSJhg\\_SJcJ:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.179.104/search?q=cache:i_iSJhg_SJcJ:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D4828%26p%3D2+A+crise+da+democracia+representativa&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 1º fev. 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 708-751.

MARTINEZ, Victor. **Estado democrático**. Disponível em: <<http://150.162.138.14/arquivos/Estado%20Democrático.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como suprego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP** (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 215-261.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. As bases ideológicas do direito administrativo. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzotto Torres (Coord.). **Constitucionalismo social**: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003. p. 217-244.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3.ed. rev.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Direito internacional público I**. Lisboa: Pedro Ferreira, 1995.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. v. IV: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge (Org.). **Textos históricos do direito constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1980.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martim Claret, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **A importância da pesquisa das ciências jurídicas na era pós-moderna**. Disponível em: <<http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/default.php>>. Acesso em: 20 abr. 2005.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTR, 1997.

MORAIS, José Luís Bolzan. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos, vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2003. p. 47-76.

MORE, Thomas. **A utopia**. São Paulo: Edipro, 1994.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo, Max Limonad, 2001.

MORO, Sérgio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em:  
<[https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](https://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, p. 16-24, 1990.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro/São Paulo: 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. **Conjuntura Internacional, transformações do Estado, realinhamento e desubstancialização da Constituição**. Disponível em:  
<<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto634.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=60](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=60)>. Acesso em: 15 jul. 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 243-265.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17-52.

\_\_\_\_\_. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PISARELLO, Gerardo. **Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional**: por una protección compleja de los derechos sociales. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15\\_03.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2005.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Edipro, 2001.

**PROTOCOLO de San Salvador e relação de países signatários**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm>>. Acesso em: 1º jul. 2005.

**RADAR SOCIAL**: dados. Relatório de Desenvolvimento Humano 2004 divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Disponível em: <[http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livro+radar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livro+radar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 04 jun. 2005.

**RELATÓRIO de Desenvolvimento Humano 2004**, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acesso em: 1º jul. 2005.

REZENDE, Maria José. **Opinião pública e democracia na América Latina**. Disponível em: <<http://www.espaçoacademico.com.br/038/38crezende.htm>>. Acesso em: 1º fev. 2004.

ROSA, Alexandre Morais. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. Bauru/SP: Edipro, 2000.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional em Europa. In : RUBIO LLORENTE, Francisco. **Estudios sobre jurisdicción Constitutional**. Madrid: McGraw Hill, 1998. p. 153-173.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002. p. 165-218.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 219-251.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOBOUL, Albert. **Compendio de la Historia de la Revolución Francesa**. Madrid: Technos, 1979.

SORENSEN, Max. **Manual of Public International Law**. Londres: Fondo de Cultura Econômica, 1978.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson (Orgs.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371.

\_\_\_\_\_. **Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro**. Disponível em: [http://www.femargs.com.br/revista02\\_streck.html](http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html). Acesso em 03 jun. 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de Direito Internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-31.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. 3 v.

\_\_\_\_\_. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de (Orgs.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3-48.

UNDP/UM. World Development Report: 2000/2001. New York. UNDP/UN, 2002. In: **Radar Social**, p.61. Disponível em: [http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang\\_pt](http://64.233.187.104/search?q=cache:dnRqvuoSpfYJ:www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm+radar+social+ipea&hl=pt-BR&lr=lang_pt)>. Acesso em: 04 jun. 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

VALDÉS DAL-REÍ, Fernando. Estado social e seguridade social na Constituição Espanhola. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzotto Torres (Coord.). **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. São Paulo: LTr, 2003. p. 270-288.



VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas (Org.); MOURA, Francisco; ABREU, Igor de; MASTRODI, Josué; MARTINS, Manuela; TAMBURINI, Márcia Maria. **A Constituição Européia**: o projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2002.

VITAL NETO, Pedro. **O Estado e os direitos sociais**. USP – Faculdade de Direito, 1978. 277 p.

VITALE, Ermanno. ¿Teoría General del Derecho o fundación de una República óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 63-73.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 75-104.